مكتبة الأسرة المسلمة

علاء الخضري

الأزمات الزوجية وحماية الزواج

نور الدين أبو لحية



مكتبة الأسرة المسلمة

الأزمات الزوجية وحماية الزواج

نور الدين أبو لحية



1430 هـ / 2009 م



القاهرة	القاهرة ص.ب 7579 البريدي 11762 هاتف رقم — مدينة نصر —94 شارع عباس العقاد : 22752990 (202 00) فـاكس رقـم : 22752992 (202 00) بريـد إلكترونـي : **dkh_cairo@yahoo.com**
الكويت	13088 الصفاه هاتف رقم 2460634 —شارع الهلالي ، برج الصديق ص.ب : 22754 (965 00) فـاكس رقـم : 2460628 (965 00) بريـد إلكترونـي : **ktbhades@ncc.moc.kw**
الجزائر	B. P. No 061 – Draria Wilaya d'Alger– Lot C no 34 – Draria Tel&Fax(21)353055 Tel(21)354105 E-mail_ **dkhadith@hotmail.com**

رقم الإيداع	2008/10892
I.S.B.N	977- 350-111 - 2

المقدمة

جرت سنة الله في تشريعاته بحمايتها وحماية تنفيذها من أي استغلال يخرج بها عن مقاصدها، أو يستغلها في غير ما وضعت له.

وقد كان من حكمته تعالى في هذا الباب أن شرع ثلاثة أركان يحمى بها الزواج من أن يصبح نوعا من البغاء، وتحمى بها ثمرات الزواج - التي هي مقصوده الأكبر - من أن تتقاذفها الطرق والأهواء، وهذه الأركان الثلاثة هي:

الكفاءة: وهي ضرورية لحماية الزوجة - التي هي الجانب الأضعف - من أن يغرْبها من لا يستحقها، وليس كفئا لها، لأن الحياة لا تنتظم إلا بين المتكافئين.

وإن أردنا تشبيها واقعيا مقربا لها، فهو المسابقات التي تجرى للدخول إلى أي مؤسسة، بحيث يشترط في المترشح لتلك المسابقات شروط معينة لا يستطيع الدخول بدونها، حماية للمؤسسة من تسرب من لا يستطيع أداء وظائفها.

الولاية: وهي ضرورية لحماية المرأة من عبث الهاوين، الذين قد يستغلون حاجتها للزواج، فيجعلون منه أحبولة للعب بها، ثم رميها كما ترمى سائر اللعب.

وإن أردنا تشبيها واقعيا مقربا لها، فهي كالمحامي الذي يتخذه صاحب الحق ليدافع له عن حقه، ونحن نعجب ممن يشنع على هذا الأساس المتين، ثم نجده لا يشنع ولا ينكر على أصحاب الحقوق مع ما لهم من قوة وبأس إذا لجأوا إلى المحامين ليتحدثوا عن ألسنتهم ويعبروا عن مقاصدهم.

الإشهاد: وهو ضروري، لأن حماية آثار الزواج وحقوقه ومقتضياته تستدعي بينة على ذلك، والإشهاد نوع من أنواع البينات التي أقرها الشارع، كما أقرتها الأعراف البشرية.

ولا عجب في هذا الشرط، لأن الإشهاد والتوثيق يجري الآن على أبسط المعاملات، فكيف لا يجري على هذه المعاملة الخطيرة التي تتوقف عليها حياة أكثر الناس.

ولكن هذه الأسس الثلاثة لحماية الزواج انحرف بها البعض عن مقاصدها، ونتيجة لذلك توجه لها بعض المستغربين بالحرب التي لا يزال وطيسها حاميا.

ولذلك كان من إحقاق الحق، ونصرة الشريعة الحديث عن هذه الأسس وفق النظرة المقاصدية الشاملة لا وفق النظرة المذهبية المحدودة.

الفصل الأول

الكفاءة في الزواج

نتناول في هذا الفصل الأساس الأول من الأسس التي وضعها الشرع لحماية الزواج، أو بالأحرى حماية الجانب الضعيف منه، من تسلل غير المستحقين، أو عبث العابثين، وقد خصصناه بفصل خاص لسببين:

1 . أن الكفاءة من أهم الأسس التي يقوم عليها الزواج، فلا تقوم الحياة الزوجية قياما صحيا إلا بها.

2 . كثرة الأخطاء في هذا الجانب، بحيث جعل البعض من هذا الشرط ذريعة للتفريق بين المسلمين، مما يتعارض مع تصورات الإسلام للوحدة الإسلامية والمساواة بين المسلمين، وهذه الأخطاء تنتشر في واقعنا الاجتماعي نتيجة لبعض الأقوال الفقهية، فلذلك احتجنا إلى بيان المواقف المختلفة ومناقشتها.

وقد بنينا الفصل على المباحث الثلاثة التالية:

1 . الأحكام الأصلية والعارضة للكفاءة، وأثرها في الزواج.

2 . خصال الكفاءة كما عرضتها الأقوال والمذاهب المختلفة.

3 . الأحكام التفصيليلة لخصال الكفاءة.

المبحث الأول

أحكام الكفاءة

نتناول في هذا المبحث الحديث عن الأحكام التكليفية والعارضة للكفاءة، ثم عن حكم ما قد يحدث من التغرير في هذا الباب، وقد قدمنا لذلك بالتعريف اللغوي والشرعي.

تعريف الكفاءة:

لغة: تطلق الكفاءة في اللغة على النظير، ومنه قول حَسَّانَ بن ثابت: (ورُوحُ القُدْسِ لَيْسَ لَهُ كِفَاءُ)، أي جبريلُ عليه السلام ليس له نَظِير ولا مَثِيل.

والكَفِيءُ: النَّظِيرُ، وكذلك الكُفْءُ والكُفُوءُ، على فُعْلٍ وفُعُولٍ والمصدر الكَفَاءةُ، بالفتح والمدّ. وتقول: لا كِفاء له، بالكسر، وهو في الأَصل مصدر، أَي لا نظير له.

وتَكَافَأَ الشَّيْئان: تَماثَلا. وكافَأَه مُكافَأَةً وكِفَاءً: ماثَلَه. ومن كلامهم: الحمدُ كِفاءَ الواجب أَي قَدْرَ ما يكون مُكافئاً له. والاسم: الكَفاءَةُ والكَفَاءُ. وهذا كِفَاءُ هذا وكِفْأَتُه وكَفِيئُه وكُفْؤُه وكُفُؤُه وكَفْؤُه، أَي مثله[1].

اصطلاحا: اختلف تعريف الفقهاء لها بحسب نواحي اعتبارهم لها، ومن تعاريف المذاهب الفقهية:

1. عرفها الحنفية بأنها مساواة مخصوصة بين الرجل والمرأة[2].
2. عرفها المالكية بأنها المماثلة والمقاربة في التدين والحال، أي السلامة من العيوب الموجبة للخيار[3].
3. عرفها الشافعية بأنها أمر يوجب عدمه عارا، وضابطها مساواة الزوج للزوجة في كمال أو خسة ما عدا السلامة من عيوب النكاح[4].
4. عرفها الحنابلة بأنها المماثلة والمساواة في خمسة أشياء، سنذكرها في محلها[5].

---

(1) لسان العرب: 1/139.

(2) البحر الرائق: 3/137.

(3) التاج والإكليل: 3/460.

(4) إعانة الطالبين: 3/330.

(5) كشاف القناع: 5/67.

الحكم التكليفي للكفاءة:

اختلف الفقهاء في الحكم التكليفي لاعتبار الكفاءة في الزواج على الأقوال التالية[1]:

القول الأول : يجب اعتبارها، فيجب تزويج المرأة من الأكفاء، ويحرم على ولي المرأة تزويجها بغير كفء، وهو قول الحنفية والحنابلة.

قال الحنابلة : يحرم على ولي المرأة تزويجها بغير كفء بغير رضاها لأنه إضرار بها وإدخال للعار عليها، ويفسق الولي بتزويجها بغير كفء دون رضاها، وذلك إن تعمده.

القول الثاني: لا يجب اعتبارها، وهو قول المالكية، وقد اختلف رأيهم فيها، ولذلك اختلف المتأخرون في النقل، قال الدسوقي : (حاصل ما في المسألة أن ظاهر ما نقله الحطاب وغيره واستظهره الشيخ ابن رحال منع تزويجها من الفاسق ابتداء وإن كان يؤمن عليها منه، وأنه ليس لها ولا للولي الرضا به، وهو ظاهر؛ لأن مخالطة الفاسق ممنوعة، وهجره واجب شرعا، فكيف بخلطة الزواج)[2].

الترجيح :

نرى أن الأرجح في المسألة هو أنه يجب على الولي تخير الكفؤ لموليته بموجب ولايته عليها، وإلا فإنه ليس لولايته أي اعتبار ولا قيمة عملية، كما سنرى في مبحث الولاية، ولا يعتبر عاضلا إن رفض من ليس كفؤا لموليته.

ويجب على المرأة كذلك عدم الرضا بغير الكفؤ الذي يتقدم لها، بناء على الخصال الصحيحة للكفاءة التي سنذكرها.

وذلك لأن البناء الصحيح للأسرة يقتضي توفر الكفاءة بين الزوجين.

ومع ذلك، فإن هذا الحكم يبقى أخرويا لا صلة له بأحكام التفريق بين الزوجين، لأن الرضا في ذلك المحل هو المعتبر.

---

(1) تبيين الحقائق :2/ 128، العناية : 3/ 196، البحر الزخار :4/ 48، الخرشي : 3/ 205، حاشية الجمل : 4/ 164، حاشية الدسوقي :2/ 249، حاشية الصاوي : 2/ 399، مطالب أولي النهى : 5/ 84، رد المحتار : 3/ 84، الموسوعة الفقهية : 34/ 266، المحلى : 9/ 33

(2) حاشية الدسوقي :2/ 249.

فيمن تعتبر الكفاءة:

ذهب أكثر الفقهاء إلى أن الكفاءة تعتبر في جانب الرجال للنساء، ولا تعتبر في جانب النساء للرجال خلافا لأبي يوسف ومحمد اللذين اعتبرا الكفاءة في جانب النساء أيضا [1]، ومن الأدلة التي استدل بها الفقهاء على ذلك:

1. فعل الرسول ﷺ، فإنه ﷺ لا مكافئ له، وقد تزوج من أحياء العرب المختلفة، وتزوج صفية بنت حيي رضي الله عنها، ولم تكن من العرب.
2. قوله ﷺ: (ثلاثة يؤتون أجرهم مرتين: الرجل تكون له الأمة فيعلمها فيحسن تعليمها، ويؤدبها فيحسن تأديبها، فيتزوجها، فله أجران) [2].
3. أن المعنى الذي شرعت الكفاءة من أجله يوجب اختصاص اعتبارها بجانب الرجال لأن المرأة هي التي تستنكف لا الرجل، فهي المستفرَشة، والزوج هو المستفرِش، فلا تلحقه الأنفة من قبلها، إذ إن الشريفة تأبى أن تكون فراشا للدني، والزوج المستفرش لا تغيظه دناءة الفراش.

ونرى أن هذا القول هو الأرجح، لأن الشرع جعل الطلاق بيد الرجل، فإذا لم تعجبه المرأة أو لم يرها كفؤا له أمكنه طلاقها بخلاف المرأة التي لم تجعل في يدها عصمة الطلاق، ولأن الرجل هو المتقدم لخطبة المرأة، وعادة لا يتقدم إليها إلا بعد اختيار ورضا، ولأن الرجل لا يحتاج إلى ولي يشرف على زواجه بخلاف المرأة، وغير ذلك من الاعتبارات.

الوقت الذي تعتبر عنده الكفاءة[3]:

نص الفقهاء على أن الوقت الذي تعتبر عنده الكفاءة هو ابتداء عقد الزواج، ولا يضر زوالها بعده، فلو تزوجها وهو كفء لها، ثم صار فاجرا داعرا لا يفسخ الزواج.

بل ذهب المالكية إلى أن الولي إذا رضي بغير كفء وزوج منه، ثم طلق طلاقا بائنا أو رجعيا، وانقضت العدة وأراد عودها، فرضيت الزوجة وامتنع الولي منه، فليس له الامتناع حيث لم يحدث فيه ما يوجب الامتناع ويعد عاضلا.

---

(1) مجمع الأنهر: 1/340.

(2) المسند المستخرج على صحيح الإمام مسلم:1/217.

(3) البحر الرائق:3/ 139، تبيين الحقائق: 2/128، القواعد لابن رجب: 96 تحفة المحتاج: 7/349.

من لهم الحق في تقدير الكفاءة:

ذهب الفقهاء القائلون باعتبار الكفاءة إلى أنها حق للمرأة وللأولياء:

كونها حقا للمرأة: من حيث إن لها الحق في أن تصون نفسها عمن لا يساويها في خصال الكفاءة، فكان لها حق في الكفاءة.

كونها حقا للأولياء: لأنهم ينتفعون بذلك، فكان لهم أن يدفعوا الضرر عن أنفسهم بالاعتراض كالمشتري إذا باع الشقص المشفوع، ثم جاء الشفيع كان له أن يفسخ البيع، ويأخذ المبيع بالشفعة دفعا للضرر عن نفسه.

الحكم الوضعي للكفاءة:

اختلف الفقهاء في حكم الكفاءة من حيث اعتبارها في الزواج أو عدم اعتبارها، وهل هي في حال اعتبارها شرطًا في صحة الزواج أم في لزومه على الأقوال التالية:

القول الأول: أن الكفاءة تعتبر للزوم الزواج لا لصحته غالبا، فيصح الزواج مع فقدها؛ لأنها حق للمرأة وللأولياء، فإن رضوا بإسقاطها فلا اعتراض عليهم.

وهو مذهب الشافعية، والحنفية في ظاهر الرواية، وهو المعتمد عند المالكية، والمذهب عند أكثر متأخري الحنابلة، وهو ما روي عن عمر وابن مسعود، وعمر بن عبد العزيز وعبيد بن عمير، وحماد بن أبي سليمان وابن سيرين.

ويمكن تقسيم أدلتهم على ذلك إلى شطرين، شطر يثبت صحة الزواج بدونها، وشطر في بيان لزومها:

من جهة صحة الزواج بدونها:

1. أن النبي ﷺ زوج بناته ولا أحد يكافئه.
2. أنه ﷺ أمر فاطمة بنت قيس وهي قرشية أن تنكح أسامة بن زيد مولاه، فنكحها بأمره[1].
3. أنه ﷺ زوج زيد بن حارثة ابنة عمته زينب بنت جحش الأسدية، وبأن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة تبنى سالما وأنكحه ابنة أخيه الوليد بن عتبة، وهو مولى لامرأة من الأنصار.
4. أن الكفاءة لا تخرج عن كونها حقا للمرأة والأولياء، فلم يشترط وجودها.

(1) البخاري: 5/2038، مسلم: 2/1115.

من جهة اعتبارها شرطا للزوم الزواج:

1. أن انتظام المصالح يكون عادة بين المتكافئين، والزواج شرع لانتظامها، ولا تنتظم المصالح بين غير المتكافئين، فالشريفة تأبى أن تكون مستفرشة للخسيس، وتعير بذلك.
2. أن الزواج وضع لتأسيس القرابات الصهرية ليصير البعيد قريبا عضدا وساعدا، يسره ما يسرك، وذلك لا يكون إلا بالموافقة والتقارب، ولا مقاربة للنفوس عند مباعدة الأنساب، والاتصاف بالرق والحرية، ونحو ذلك، فعقده مع غير المكافئ قريب الشبه من عقد لا تترتب عليه مقاصده.

القول الثاني: أن الكفاءة شرط في صحة الزواج، وهو مذهب الحنفية – في رواية الحسن المختارة للفتوى عندهم – وهو قول اللخمي وابن بشير وابن فرحون وابن سلمون – من المالكية – وهو رواية عن أحمد، وقال الشافعية: إن الكفاءة وإن كانت لا تعتبر لصحة الزواج غالبا بل لكونها حقا للولي والمرأة إلا أنها قد تعتبر للصحة كما في التزويج بالإجبار، ومن أدلتهم على ذلك:

1. قوله ﷺ: (ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء، ولا يزوجن إلا من الأكفاء)[1] وفي رواية: (لا تنكحوا النساء إلا من الأكفاء، ولا يزوجهن إلا الأولياء).
2. عن علي رضي الله عنه أنه ﷺ قال له: (يا علي ثلاث لا تؤخرها: الصلاة إذا أتت، والجنازة إذا حملت، والأيم إذا وجدت كفؤا)[2].
3. عن عائشة، رضي الله عنها، عن النبي ﷺ، قال: (تخيروا لنطفكم، وأنكحوا الأكفاء)[3] روى ذلك من حديث عائشة وأنس وعمر من طرق عديدة فوجب ارتفاعه إلى الحجية بالحسن لحصول الظن بصحة المعنى وثبوته عنه ﷺ.

---

(1) حديث ضعيف لأن في سنده مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أرطاة، والحجاج مختلف فيه، ومبشر ضعيف متروك نسبه أحمد إلى الوضع، قال الدارقطني: مبشر بن عبيد متروك الحديث أحاديثه لا يتابع عليها، سنن الدارقطني :3/244، وانظر: الدراية: 2/62، التحقيق في أحاديث الخلاف: 2/270، نصب الراية: 3/196.

(2) قال الترمذي: هذا حديث غريب، وما أرى إسناده بمتصل، سنن الترمذي :3/387، قال المناوي: وهو من رواية وهب عن سعيد مجهول، وقد ذكره ابن حبان، وجزم ابن حجر في تخريج الهداية بضعف سنده، وقال في تخريج الرافعي عنه: رواه الحاكم من هذا الوجه،وجعل محله سعيد بن عبد الرحمن الجمحي وهو من أغاليطه الفاحشة، فيض القدير :3/310.

(3) البيهقي: 7/133.

4. أنه إذا كانت الكفاءة معتبرة في الحرب، وذلك في ساعة، ففي النكاح وهو للعمر أولى، وذكروا ما وقع في غزوة بدر أنه لما برز عتبة بن ربيعة وشيبة بن ربيعة والوليد بن عتبة وخرج إليهم عوف ومعوذ ابنا عفراء وعبد الله بن رواحة قالوا لهم: من أنتم قالوا: رهط من الأنصار فقالوا: أبناء قوم كرام ولكنا نريد أكفاءنا من قريش، ثم نادى مناديهم: يا محمد أخرج لنا أكفاءنا من قريش فقال ﷺ: قم يا حمزة وقم يا علي[1].

5. قول عمر رضي الله عنه: (لأمنعن فروج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء)[2].

6. عن أبي إسحاق الهمداني قال: خرج سلمان وجرير في سفر، فأقيمت الصلاة، فقال جرير لسلمان: تقدم أنت. قال سلمان: بل أنت تقدم، فإنكم معشر العرب لا يتقدم عليكم في صلاتكم، ولا تنكح نساؤكم، إن الله فضلكم علينا بمحمد ﷺ وجعله فيكم.

7. أن التزويج، مع فقد الكفاءة، تصرف في حق من يحدث من الأولياء بغير إذنه، فلم يصح، كما لو زوجها بغير إذنها.

8. أن التزوج مع فقد الكفاءة تصرف في حق من يحدث من الأولياء بغير إذنه، فلم يصح، كما لو زوجها بغير إذنها.

القول الثالث: عدم اعتبار الكفاءة، وأنها ليست بشرط في الزواج أصلا، وهو مذهب الظاهرية والكرخي والجصاص وقول سفيان الثوري والحسن البصري، ومن أدلتهم على ذلك:

1. ما روي عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: (يا بني بياضة أنكحوا أبا هند وأنكحوا إليه، قال: وكان حجاما)[3]، أمرهم رسول الله ﷺ بالتزويج عند عدم الكفاءة ولو كانت معتبرة لما أمر.

---

(1) وقد رد على الاستشهاد بهذا الدليل أحد أئمة الحنفية بعد أن أورده، فقال: ونحن نقطع أن عدو الله لو برز للمسلمين يريد إطفاء نور الله، وهو من أكابر أنسابهم، فخرج إليهم عبد من المسلمين فقتله كان مشكورا عند الله وعند المؤمنين، ولم يزده ذلك النسب إلا بعدا، نعم الكفاءة المطلوبة هنا كفاءة الشدة، فينبغي أن يخرج إليه كفؤه فيها، لأن المقصود نصرة الدين ولو كان عبد... وإنما أجابهم ﷺ لذلك إما لعلمه بأنهم أشد من الذين خرجوا إليهم أولا أو لئلا يظن بالمطلوبين عجز أو جبن، أو دفعا لما قد يظن أهل النفاق من أنه يضن بقرابته دون الأنصار، انظر: شرح فتح القدير: 3/ 292.

(2) مصنف أبي شيبة :4/ 52، مصنف عبد الرزاق :6/ 152.

(3) سنن أبي داود :2/ 233.

2. قوله ﷺ: (لا فضل لعربي على عجمي ولا لعجمي على عربي، ولا لأحمر على أسود ولا أسود على أحمر إلا بالتقوى)[1].

3. أن الكفاءة لو كانت معتبرة في الشرع لكان أولى الأبواب بالاعتبار بها باب الدماء، لأنه يحتاط فيه ما لا يحتاط في سائر الأبواب، ومع هذا لم تعتبر، حتى يقتل الشريف بالوضيع، فهاهنا أولى، والدليل عليه أنها لم تعتبر في جانب المرأة، فكذا في جانب الزوج، ويحكى عن الكرخي أنه كان يقول: (الأصح عندي أن لا تعتبر الكفاءة في النكاح أصلا؛ لأن الكفاءة غير معتبرة فيما هو أهم من النكاح، وهو الدماء فلأن لا تعتبر في النكاح أولى)[2].

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو الجمع بين القول الأول والقول الثالث، وهو اعتبار الكفاءة شرطا للزوم لا للصحة، مع تقييد ذلك بخصال الكفاءة التي سنذكرها في المبحث الثاني من هذ الفصل.

لأن أصحاب القول الثالث لم يعتبروا الكفاءة بسبب حصرها في عرف كثير من الفقهاء في الكفاءة النسبية أو كفاءة الحسب والجاه، وهي تتناقض مع ما جاء به الإسلام من مبادئ في هذه النواحي.

أما أصحاب القول الثاني فإن معظم ما استدلوا به لا يفسد العقد الذي صححته الأدلة القطعية، وقد قال البيهقي عن الأحاديث التي أوردوها: أمثل ما ورد في اعتبار الكفاءة حديث على هذا [3]، وقد رأينا ضعفه وعدم صحة الاحتجاج به.

أما ما ذكره الشافعية من عدم الصحة بسبب تخلف الكفاءة في حال الإجبار، فهو صحيح، ولكن لا لتخلف الكفاءة، وإنما لفقدان شرط الرضى، وهو من الشروط المنصوص عليها كما سنرى ذلك في فصل الولاية.

---

(1) مسند أحمد :5/ 411، شعب الإيمان :4/ 289.

(2) المبسوط :5/ 23.

(3) تلخيص الحبير :1/ 186، فيض القدير :3/ 310.

الآثار المترتبة عن تخلف الكفاءة:

اختلف العلماء في الآثار المترتبة عن تخلف الكفاءة بناء على خلافهم السابق، ويمكن حصر الخلاف في القولين التاليين[1] :

القول الأول : لا يصح العقد أصلا إذا تزوجت المرأة بغير كفء، وهو رواية عن أبي حنيفة، وهي المختارة للفتوى عند الحنفية، قال السرخسي: (وهو أحوط، فليس كل ولي يحسن المرافعة إلى القاضي، ولا كل قاض يعدل، فكان الأحوط سد هذا الباب)[2] .

القول الثاني : صحة الزواج، وتوقفه على رضا الولي، وهو قول الشافعية والحنفية، قال السرخسي: (إذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فللأولياء أن يفرقوا بينهما، لأنها ألحقت العار بالأولياء، فإنهم يتعيرون بأن ينسب إليهم بالمصاهرة من لا يكافئهم، فكان لهم أن يخاصموا؛ لدفع ذلك عن أنفسهم)[3] ، ومن أدلتهم على ذلك أن الكفاءة حقها وحق الأولياء – كما سبق – فإن رضوا بإسقاطها فلا اعتراض عليهم.

وقد اختلف رأي المالكية فيما لو تزوجت المرأة من غير كفء في الدين على ثلاثة أقوال هي:

1 . لزوم فسخه لفساده، وهو ظاهر قول اللخمي وابن بشير وغيرهما.

2 . أنه زواج صحيح، وشهره الفاكهاني.

3 . إن كان لا يؤمن عليها منه رده الإمام وإن رضيت به، وهو لأصبغ.

الترجيح :

نرى أن الأرجح في المسألة، بناء على ما سبق ذكره، هو القول الثاني مقيدا بخصال الكفاءة التي سنذكرها.

من له سلطة التفريق:

ذهب الفقهاء إلى أن التفريق في الكفاءة لا يكون إلا للقاضي، للأدلة التالية[4]:

---

(1) المغني: 27/7، تبيين الحقائق:7/128، مواهب الجليل: 3/460، حاشية القليوبي:3/234.

(2) المبسوط:5/26.

(3) المبسوط:5/26.

(4) المبسوط:5/26.

1. أنه فسخ للعقد بسبب نقص، فكان قياس الرد بالعيب بعد القبض، وذلك لا يثبت إلا بقضاء القاضي.
2. أنه مختلف فيه بين العلماء، فكان لكل واحد من الخصمين نوع حجة فيما يقول فلا يكون التفريق إلا بالقضاء.

وما لم يفرق القاضي بينهما فحكم الطلاق والظهار والإيلاء والتوارث قائم بينهما لأن أصل الزواج انعقد صحيحا، فإنه لا ضرر على الأولياء في صحة العقد، وإنما الضرر عليهم في اللزوم، فتتوفر عليه أحكام العقد الصحيح.

حكم رضى بعض الأولياء دون بعض:

اختلف العلماء فيما لو رضي بعض الأولياء دون بعض عن الزوج على قولين[1]:

القول الأول: يسقط حق الباقين، وهو قول أبي حنيفة، ومحمد، وهو مذهب الشافعي ومالك وأبي حنيفة ورواية عن أحمد، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. أن المرأة التي رفعت إلى النبي ﷺ أن أباها زوجها من غير كفئها خيرها، ولم يبطل الزواج من أصله[2].
2. أن العقد وقع بإذنها، والنقص الموجود فيه لا يمنع صحته، وإنما يثبت الخيار، كثبوت الخيار من العيوب.
3. أن هذا حق واحد لا يتجزأ، فقد ثبت بسبب لا يتجزأ، وهو القرابة، وإسقاط بعض ما لا يتجزأ إسقاط لكله لأنه لا بعض له، فإذا أسقط واحد منهم لا يتصور بقاؤه في حق الباقين كالقصاص إذا وجب لجماعة فعفا أحدهم عنه أنه يسقط حق الباقين.
4. أن حقهم في الكفاءة ما ثبت لعينه، بل لدفع الضرر، والتزويج من غير كفء وقع إضرارا بالأولياء من حيث الظاهر، وهو ضرر عدم الكفاءة، فالظاهر أنه لا يرضى به أحدهم إلا بعد علمه بمصلحة حقيقية هي أعظم من مصلحة الكفاءة وقف هو عليها، وغفل عنها الباقون ولولاها لما رضي، وهي دفع ضرر الوقوع في الزنا على تقدير الفسخ.

القول الثاني: لا يسقط حق الباقين وهو قول أبي يوسف،وهو مروي عن أحمد وقول للشافعي، ومن أدلة ذلك:

---

(1) بدائع الصنائع: 317/2، المغني: 27/7.

(2) سبق تخريجه.

1. أن حقهم في الكفاءة ثبت مشتركا بين الكل، فإذا رضي به أحدهم، فقد أسقط حق نفسه، فلا يسقط حق الباقين، قياسا على الدين إذا وجب لجماعة، فأبرأ بعضهم فإنه لا يسقط بذلك حق الباقين.

2. أن رضا أحدهم لا يكون أكثر من رضاها، فإن زوجت نفسها من غير كفء بغير رضاهم لا يسقط حق الأولياء برضاها، فلأن لا يسقط برضا أحدهم أولى.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو أن الكفاءة لا يحددها الأولياء، وإنما يحددها الشرع، والرضى لا يكون من الأولياء وإنما يكون من المرأة، فإن تحققت الكفاءة في الرجل، ورضيت المرأة صح الزواج، ولا عبرة بسخط كل الأولياء أو بعضهم، وسنرى أدلة هذا في محلها من الفصل الخاص بالولاية.

التغرير في الكفاءة وآثاره:

تعريف:

لغة[1]: يقال: غَرَّه يغُرُّه غَرّاً وغُروراً وغِرّة؛ فهو مَغرور و غرير: خدعه وأَطمعه بالباطل؛ ورجل غِرٌّ بالكسر و غَرِيرٌ أي غير مُجرب وجارية غِرَّةٌ وغَرِيرَةٌ وغِرٌّ أيضا بيِّنة الغَرَارَةُ بالفتح، وقد غَرَّ يغِر بالكسر غَرَارَةً بالفتح والاسم الغِرَّةُ بالكسر والغِرّة أيضا الغفلة، والغَارُّ بالتشديد الغافل، تقول منه: اغْتَرَّ الرجل واغترَّ بالشيء خُدع به والغَرَرُ بفتحتين الخطر.

اصطلاحا: هو ما لا يدري هل يحصل أم لا جهلت صفته أم لا، كالطير في الهواء والسمك في الماء.

والفرق بينه وبين المجهول هو أنه ما علم حصوله وجهلت صفته كبيع الشخص ما في كمه، فهو يحصل قطعا لكنه لا يدري أي شيء هو، فكل واحد من الغرر والمجهول اصطلاحا أعم من الآخر من وجه وأخص من وجه[2].

---

(1) لسان العرب: 11/5، مختار الصحاح: 197.

(2) فروق القرافي :3/270.

حكم التغرير:

اتفق الفقهاء على كون التغرير في الزواج بكتم العيوب أو الكذب في الوصف من الكبائر للنصوص الكثيرة الدالة على حرمة الغشّ والتدليس، واختلفوا في أثر التغرير في الزواج على قولين:

القول الأول: أنه إذا دلس أحد الزوجين على الآخر، بأن كتم عيبا فيه، يثبت به الخيار، لم يعلمه المدلس عليه وقت العقد، ولا قبله. أو شرط أحدهما في صلب العقد وصفا من صفات الكمال كإسلام، وبكارة، وشباب، فتخلف الشرط: يثبت للمدلس عليه والمغرور بخلف المشروط خيار فسخ النكاح، وهو قول الجمهور.

فقد نص المالكية مثلا على أن من أسباب الخيار الغرور فإذا قال العاقد: زوجتك هذه الحرة فإذا هي أمة انعقد النكاح ويثبت الخيار للزوج، وكذلك إذا تزوج الحر امرأة ولم يشترط الحرية فيها فله الخيار، وإن ظهر أنها أمة، وفي المدونة قال مالك: من نكح امرأة أخبرته أنها حرة فإذا هي أمة أذن لها ربها أن تستخلف رجلا على عقد نكاحها فله فراقها قبل البناء، غرم شيء من المهر، وإن دخل بها أخذ منها المهر الذي قبضته ولها مهر مثلها، وإن شاء ثبت على نكاحها بالمسمى[1].

القول الثاني: ليس لواحد من الزوجين خيار الفسخ لعيب، وهو قول الحنفية، فالنكاح عندهم لا يقبل الفسخ، وقد عبر الكاساني عن هذا الشرط ووجه الاستدلال به عند الحنفية، فقال: (وكذلك إن اشترط أحدهما على صاحبه السلامة من العمى والشلل، والزمانة فوجد بخلاف ذلك لا يثبت له الخيار، وكذلك لو شرط الجمال والبكارة، فوجدها بخلاف ذلك لا يثبت له الخيار؛ لأن فوت زيادة مشروطة بمنزلة العيب في إثبات الخيار كما في البيع، وبهذا تبين أنه لا معتبر لتمام الرضا في باب النكاح فإنه لو تزوجها بشرط أنها بكر شابة جميلة فوجدها ثيبا عجوزا شوهاء لها شق مائل وعقل زائل ولعاب سائل، فإنه لا يثبت له الخيار، وقد انعدم الرضا منه بهذه الصفة)[2].

---

(1) المدونة: 2/141، وانظر: التاج والإكليل: 5/151.

(2) المبسوط: 5/97.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو القول الأول إعمالا لما ورد في النهي عن الغش والتدليس، لأن ذلك النهي لا يرتبط بالأحكام الأخروية فقط، بل له أثره الدنيوي، وفي ذلك سد للذريعة حتى لا يتلاعب بالأعراض بالكذب والاحتيال.

ثم كيف تبنى الحياة الزوجية الطويلة المديدة على كذبة كذبها بعض الناس في يوم من الأيام ثم تاب منها ليصلى غيره بنارها، فكما أن ذنبه يمحى بالتوبة، ففعله يمحى بالفسخ سواء بسواء.

من يتولى دفع المهر في حال التغرير:

اختلف الفقهاء فيمن يتولى دفع المهر في حالة وقوع التغرير بالزوج على قولين[1]:

القول الأول: أنه يرجع بالمهر على من غره، إذا كان عالما به، وهو قول الزهري، وقتادة، ومالك، والشافعي في القديم،ورواية عن أحمد، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. قول عمر رضي الله عنه: إذا تزوجها، فرأى جذاما أو برصا، فإن لها المهر بمسيسه إياها، ووليها ضامن للصداق.
2. أنه غره في النكاح بما يثبت الخيار، فكان المهر عليه، مثل سائر أحكام الغرر.

القول الثاني: لا يرجع بالمهر على من غره، وهو قول أبي حنيفة، والشافعي في الجديد، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. قال عمر رضي الله عنه: أيما رجل تزوج بامرأة بها جنون أو جذام أو برص، فمسها، فلها صداقها، وذلك لزوجها غرم على وليها.
2. أنه ضمن ما استوفى بدله، وهو الوطء، فلا يرجع به على غيره، كما لو كان المبيع معيبا فأكله.

وقد اتفق أصحاب هذا القول على أن الولي إن لم يكن عالما بالتغرير، كان التغرير من المرأة، فيرجع عليها بجميع الصداق، أما إذا اختلف في علم الولي بذلك، فقد اختلف أصحاب هذا القول على رأيين:

---

(1) المغني: 7/144.

الرأي الأول: إن شهدت بينة عليه بالإقرار بالعلم، وإلا فالقول قوله مع يمينه، وهو قول الزهري، وقتادة وقول للشافعية والحنابلة، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. أن الولي إذا لم يعلم لا يغرم، لأن التغرير من غيره، فلم يغرم، كما لو كان ابن عم.
2. أن عيوب الفرج لا اطلاع له عليها، ولا يحل له رؤيتها، وكذلك العيوب تحت الثياب، فصار الولي في هذا كمن لا يراها، إلا في الجنون، فإنه لا يكاد يخفى على من يراها، إلا أن يكون غائبا.

الرأي الثاني: إن كان أبا، أو جدا، أو ممن يجوز له أن يراها، فالتغرير من جهته، علم أو لم يعلم، وإن كان ممن لا يجوز له أن يراها، كابن العم، والمولى، وعلم غرم، وإن أنكر، ولم تقم بينة بإقراره، فالقول قوله، ويرجع على المرأة بجميع الصداق، وهو قول مالك[1]، وقول للشافعي.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو أن الرجل الذي دخل على المرأة مغررا به لا يجب عليه من المهر إلا أدنى ما يطلق عليه، بما استحل منها، أما المهر الكامل الذي هو مهر مثلها، أو ما سمي لها فتستحقه من الذي غرر بها إن كانت جاهلة بوقوع هذا التغرير، أما إن كانت عالمة فلا تستحق من المهر إلا ما أعطاها زوجها، وهو أدنى ما يطلق عليه المهر على خلاف العلماء في ذلك.

(1) إلا أن مالكا قال: إذا ردت المرأة ما أخذت، ترك لها قدر ما تستحل به، لئلا تصير كالموهوبة.

المبحث الثاني
المواقف العامة من خصال الكفاءة في المذاهب الفقهية

نتعرض في هذا المبحث الذي هو مقدمة لما بعده إلى المواقف العامة التي وقفها الفقهاء من خصال الكفاءة، والتي تحدد نظرة المذاهب الفقهية إلى هذه المسألة، وقد أجلنا ذكر الأدلة ومناقشة الأقوال إلى محلها في المبحث التالي المتعلق بالخصال تفصيلا.

المذهب الحنفي[1]:

إن الكفاءة هي مساواة الرجل للمرأة في أمور مخصوصة، وهي ست: النسب، والإسلام، والحرفة، والحرية، والديانة، والمال.

المذهب المالكي[2]:

الكفاءة في النكاح هي المماثلة في أمرين: أحدهما التدين بأن يكون مسلماً غير فاسق، ثانيهما السلامة من العيوب التي توجب للمرأة الخيار في الزوج، كالبرص، والجنون، والجذام، والثاني حق المرأة لا الولي.

أما الكفاءة في المال، والحرية والنسب، والحرفة فغير معتبرة عندهم، فإذا تزوج الدنيء شريفة فإنه يصح، وإذا تزوج الحمال أو الزبال، شريفة أو ذات جاه فإنه يصح، وقد اختلف في كفاءة العبد للحرة.

ثم إن الكفاءة عندهم تعتبر في اليتيمة التي زوجها ولي غير مجبر عند خوف الفساد بالشروط المتقدمة فإن من بين هذه الشروط أن تزوج من كفء، فلا يصح زواجها من فاسق شريب، أو زانٍ، أو نحوهما، ولا من زوج به عيوب منفرة، بل لا بد من أن يكون مساوياً لها في أوصاف الكمال، وأن يكون الصداق مهر مثلها. قالوا: فإذا زوجت من غير مراعاة الكفاءة ونحوها من الشروط فسخ العقد إن لم يدخل بها الزوج، أو دخل بها ولكن لم يطل الزمن، أما إذا دخل وطال الزمن بأن مضى عليها ثلاث سنين أو ولدت ولدين في زمنين مختلفين لا في بطن واحدة فإنه لا يفسخ، وهذا هو المشهور. وقيل: يفسخ مطلقاً.

---

(1) الهداية شرح البداية: 1/201، المبسوط: 5/24، البحر الرائق: 4/62.

(2) التاج والإكليل: 3/460، حاشية العدوي: 2/55، الفواكه الدواني: 2/9، التمهيد: 19/163.

وكذا إذا زوج الحاكم امرأة غير رشيدة غاب عنها وليها فإنه لا يجوز له أن يزوجها إلا بعد أن يثبت لديه أن الزوج كفء لها في الدين والحرية والحال ومهر المثل على الوجه الذي بيناه، أما الرشيدة المالكة أمر نفسها فإنه يزوجها بدون أن يثبت عنده ذلك لأنها هي صاحبة الحق فيه، فلها إسقاطه متى رضيت بالزوج، على أنهم قالوا: إذا زوج الحاكم غير الرشيدة من غير بحث فإن العقد يصح ما لم يبطله شيء آخر.

ومع هذا فإن للولي وللزوجة ترك الكفاءة في الدين والحال، فتتزوج من فاسق بشرط أن يكون مأموناً عليها. فإن لم يكن مأموناً عليها رده الحاكم وإن رضيت به حفظاً للنفوس، وإذا رضي الولي بغير كفء فطلقها ثم أراد أن يرجع لها ثانياً ورضيت به فليس للولي الامتناع ثانياً.

وإذا أراد الأب أن يزوج ابن أخيه الفقير ابنته الموسرة، فهل لأمها الاعتراض أو لا؟ خلاف في هذه المسألة، وقواعد المذهب تفيد أنه ليس لها اعتراض إلا إذا خيف عليها الضرر.

المذهب الشافعي[1]:

وضابط الكفاءة عندهم مساواة الرجل للزوجة في كل كمال أو خسة ما عدا السلامة من عيوب النكاح، فإن المساواة فيها لا توجب أن يكون كل منهما كفئًا لصاحبه فإن كان كل منهما أبرص، أو مجذوماً كان لكل منهما حق طلب الفسخ، ولا يقال: إنهما متساويان في العيب، لأن الإنسان يكره من غيره ما لا يكره من نفسه.

وتعتبر الكفاءة عندهم في أربع خصال: النسب. والدين. والحرية. والحرفة.

المذهب الحنبلي[2]:

الكفاءة هي المساواة في خمسة أمور هي:

الديانة: فلا يكون الفاجر الفاسق كفئًا للصالحة العدل العفيفة، لأنه مردود الشهادة والرواية، وذلك نقص في إنسانيته.

الصناعة: فلا يكون صاحب الصناعة الدنيئة كفئًا لبنت صاحب الصناعة الشريفة، فالحجام والزبال لا يكونان كفئًا لبنت التاجر والبزاز الذي يتجر في القماش.

---

(1) المهذب: 2/39، إعانة الطالبين: 3/330، الوسيط: 6/273، حواشي الشرواني: 7/283.

(2) المبدع: 7/52، الإنصاف للمرداوي: 8/108، زاد المستقنع: 168.

اليسار: بالمال بحسب ما يجب لها من المهر والنفقة، فلا يكون المعسر كفئًا للموسرة، وضبط بأن لا تتغير حالها عنده عما كانت عليه في بيت أبيها.

الحرية: فلا يكون العبد والمبعض كفئًا للحرة.

النسب: فلا يكون العجمي - وهو ليس من العرب - كفئًا للعربية، فإذا زوجها الولي من غير كفء وبغير رضاها كان آثماً، ويفسق به الولي.

مذهب الظاهرية:

وقد عبر عنه ابن حزم بقوله: (أهل الإسلام كلهم إخوة لا يحرم على ابن من زنجية لغية نكاح ابنة الخليفة الهاشمي، والفاسق - الذي بلغ الغاية من الفسق - المسلم - ما لم يكن زانيا - كفؤ للمسلمة الفاضلة، وكذلك الفاضل المسلم كفؤ للمسلمة الفاسقة ما لم تكن زانية؟ والذي نختاره، فنكاح الأقارب بعضهم لبعض)[1].

مذهب الإمامية:

ومذهبهم قريب من مذهب الظاهرية، فقد نصوا على أن للكفاءة خصلة واحدة هي [التساوي في الإسلام]، وهل يشترط التساوي في الإيمان؟ فيه روايتان، أظهرهما الاكتفاء بالإسلام، وإن تأكد استحباب الإيمان، وهو في طرف الزوجة أتم؛ لأن المرأة تأخذ من دين بعلها، لا يصح عندهم نكاح الناصب، المعلن بعداوة أهل البيت رضي الله عنهم لارتكابه ما يعلم بطلانه في الإسلام.

واختلفوا في اشتراط تمكنه من النفقة، والأشبه عندهم عدم اشتراطها، ولو تجدد عجز الزوج عن النفقة، هل تتسلط على الفسخ؟ فيه روايتان، أشهرهما أنه ليس لها ذلك.

ويجوز عندهم إنكاح الحرة العبد، والعربية العجمي والهاشمية غير الهاشمي، وبالعكس، وكذا أرباب الصنائع الدنية بذوات الدين والبيوتات، ولو خطب المؤمن القادر على النفقة، وجب إجابته، وإن كان أخفض نسبا، ولو امتنع الولي، كان عاصيا. ولو انتسب الزوج إلى قبيلة، فبان من غيرها، كان للزوجة الفسخ وقيل: ليس لها وهو أشبه. ويكره: أن يزوج الفاسق، ويتأكد في شارب الخمر، وأن تزوج المؤمنة بالمخالف، ولا بأس بالمستضعف، وهو الذي لا يعرف بعناد[2].

---

(1) المحلى:9/151.

(2) شرائع الإسلام:2/243.

مذهب الزيدية[1]:

وقد نصوا على أن الكفاءة تكون فيما يلي:

في الحرفة: فالحرفة الدنية تخرج الزوج عن الكفاءة، ولو كان هاشميا إن تضرر بها كما يتضرر بالنسب الدنيء ويعتبر في كل بلد بعرفها.

في الدين: وهو ترك الجهار بالفسق، فأما لو لم يكن مجاهرا وكان فسقه خفيا لم يخرج بذلك عن الكفاءة ويعتبر بالدين حال العقد، فإن طرأ الفسق من بعد فلا خيار وإن طرأت النوبة من بعد منعت الخيار، ويلحق الولد الصغير بأبيه ولو ميتا لا بأمه في الدين والحرفة فإن كان أبو الصغير وأبو الصغيرة – ولا عبرة بالأم – فاسقين أو ذوي حرفة دنية لم يكن ولدهما الصغير كفئًا للمؤمن ولا لولد المؤمن ولا لذي صناعة رفيعة ولا لولده وإذا كانا مؤمنين أو ذوي حرفتين رفيعتين كان كفئًا هذا في الصغير وأما في الكبير فإنه يعتبر في دينه وفسقه وحرفته بنفسه لا بأبويه إلا الصناعة فبأبيه مهما كان يتضرر بها.

في النسب: فعجم النسب لا عجم اللسان بعضها أكفاء لبعض وليسوا أكفاء للعرب، والعرب أكفاء بعضها لبعض وليسوا أكفاء لقريش، وقريش أكفاء إلا لبني هاشم وبنو هاشم أكفاء إلا للفاطميين، والموالي ليسوا بأكفاء للعجم.

وجاز نكاح غير الكفؤ بهذين الشرطين: وهو أن يرضى الزوجان بعضهما ببعض، وأن يرضى ولي المرأة حيث رضيت بغير كفئها نحو فاطمية رضيت ورضي الولي بإنكاحها من غير فاطمي فإنه يحل، وقيل إلا الفاطمية فإنه لا يحل إنكاحها من غير فاطمي ولو رضيت ورضي الولي، وهذا القول للمنصور بالله وجماعة من أئمة الزيدية المتأخرين.

مذهب الإباضية[2]:

وقد نصوا على أنه لا يجوز للولي تزويج موليته من غير كفئها، وإن زوجها بغير كفئها قهرا فرضيته زوجا على كره أو زوجها به غير عالمة بأنه غير كفؤ لعدم معرفتها أو لكونها غير عالمة بالأمور كبلهاء وصبية ومجنونة أو لنحو ذلك، فليطلب منها أن ترضى عنه ويرضيها بما ترضى به لأنه ظالم لها إن خاف منها زنا أو خافت زوجها بمن وجد من أهل التوحيد؛ لأن الضرورة تدفع بضرورة أهون منها، والتحرز عن الزنا أهون.

(1) التاج المذهب: 2/67، البحر الزخار: 4/48.

(2) شرح النيل: 6/117.

ولا يجوز تزويجها من ظالم لا يؤخذ منه حقها، فإن كان يؤخذ منه حقها لقوتها عليه أو قوة أنصارها أو قائم البلد أو الجماعة فلا بأس بتزويجها إياه، وكذا إن كان إنما يجور على غير أزواجه أو على نوع ليست المرأة من ذلك النوع، وعلى كل حال، فالأولى لها غيره لأنه قد بان منه الجور فربما عاد عليها.

ولا يجوز تزويجها من مخالف يفتنها في دينها، وهو ما يشمل المذهب وهو الفروع التي لا يقطع فيها العذر؛ أما مخالف لا يفتنها لحمية مذهب الإباضية، حتى لا يجب الصرف عنه أو لكونه أبله لا يعرف ذلك أو لعدم اعتنائه بذلك فلا بأس، لكن الأولى غيره لأنه بان منه خلاف فربما عاد إلى صرفها.

ولا يجوز تزويجها من قاتل نفسا بظلم، ولا لمنافق ظهر نفاقه مطلقا، ولا لمن يؤكلها الحرام ولا لبدوي ولا لمن لا يصونها، مثل أن يدخل بها الأسواق أو يدخل إليها الناس أو يرضى بدخولهم أو يرسلها إلى ما لا يحسن.

وإذا سبق الحضر ولو لطفلة أو أمة أو مجنونة لم يجز لهن البقاء على حكم البدوي، وكذا إن كان البدو أولا ثم كان الحضر لا يرجعن للبدو، والطفلة في حكم الأب وكذا المجنونة.

المبحث الثالث
الأحكام التفصيلية لخصال الكفاءة

بناء على ما سبق ذكره من الأقوال المختلفة لأصحاب المذاهب الفقهية المنتشرة في العالم الإسلامي، فإن الخصال التي اعتبروها تكاد تنحصر في الخصال الست التالية:

1. الدين.

2. التدين.

3. النسب.

4. الحرفة.

5. المال.

6. السلامة من العيوب.

وسنعرض في هذا المبحث لتفاصيل الأدلة المرتبطة بهذه الخصال، وما نراه من ترجيح حولها.

الكفاءة في الدين:

أجمع العلماء على أنه لا يجوز للمسلمة الزواج من غير المسلم، للآيات الصريحة في ذلك مثل قول الله تعالى: ﴿ ... **وَلا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا** ... (٢٢١) ﴾ (البقرة) وقوله تعالى: ﴿ ... **وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً** (١٤١) ﴾ (النساء)، ويتعلق بهذه الخصلة المسائل التالية:

حكم تزوج الكافر بمسلمة:

اتفق الفقهاء على عقوبة الكافر الذي يتزوج بمسلمة بعقوبة تعزيرية[1]، وقد اختلف الفقهاء في أدنى هذه العقوبة التعزيرية وأعلاها خلافا كبيرا، نورد خلاصته فيما يلي:

---

(1) التعزير مصدر عزر مأخوذ من العزر، وهو الرد والمنع، واستعمل في الدفع عن الإنسان كدفع أعدائه عنه، وكدفعه عن إتيانه القبيح، ومنه عزره القاضي أي أدبه لئلا يعود إلى القبيح، ويكون بالقول وبالفعل بحسب اللائق. فيض القدير: 6/413.

القول الأول: أن الحد الأعلى هو عشرة أسواط، وهو قول الليث وأحمد في المشهور عنه وإسحاق وبعض الشافعية، واستدلوا على ذلك بما روي عن أبي هريرة مرفوعا: (لا تعزروا فوق عشرة أسواط) [(1)].

القول الثاني: تجوز الزيادة على العشر، وهو قول الجمهور، وقد اختلفوا في الحد الأعلى على ما يلي [(2)]:

1. لا يبلغ أدنى الحدود، وهل الاعتبار بحد الحر والعبد قولان، وهو قول الشافعي.
2. يستنبط كل تعزير من جنس حده، ولا يجاوزه، وهو مقتضى قول الأوزاعي لا يبلغ به الحد.
3. هو إلى رأي الامام بالغا ما بلغ، وهو اختيار أبي ثور.
4. لا يعزر إلا من تكرر منه، ومن وقع منه مرة واحدة معصية لا حد فيها فلا يعزر، وهو مروي عن مالك وعطاء وأبي ثور.
5. أن لا يبلغ أربعين، وهو قول أبي حنيفة.
6. لا يزاد على خمس وتسعين جلدة، وهو قول ابن أبي ليلى.
7. لا يبلغ ثمانين، وهو رواية عن مالك وأبي يوسف.
8. أنه يقتل؛ وقد روي عن الإمام مالك، لأنه يصير بهذا ناقضا للعهد حين باشر ما ضمن في العهد أن لا يفعله فهو نظير الذمي الذي يجعل نفسه طليعة للمشركين على قوله.

هذا ما رواه السرخسي عن مالك في المبسوط، ولكن ما في المدونة يدل على خلافه حيث قال مالك في ذمي اشترى مسلمة فوطئها: أرى أن يتقدم إلى أهل الذمة في ذلك أشد التقدم ويعاقبون على ذلك ويضربون بعد التقدم. وقال ابن القاسم: فأرى إن كان ممن يعذر بالجهالة من أهل الذمة لم يضرب ولا أرى أن يقام في هذا حد، ولكني أرى العقوبة إن لم يجهلوا [(3)]. ولكن ما في المدونة قد يحمل على الأمة المسلمة لا الزوجة، فلا يقع التنافي بين القولين [(4)].

---

(1) البخاري: 6/2512، مسلم:3/1332، المستدرك: 4/410، البيهقي: 8/327، الدارقطني: 3/207، مصباح الزجاجة: 3/115، سنن ابن ماجة :2/867، الفردوس بمأثور الخطاب :5/55.

(2) انظر حكاية الأقوال المختلفة في المسألة في: شرح النووي على مسلم: 11/221، سبل السلام: 4/37، نيل الأوطار: 7/328.

(3) المدونة :2/212.

(4) المبسوط :5/45.

أما المرأة فقد اتفق الفقهاء عل أنها تعزر إن كان ذلك برضاها وموافقتها.

ويعاقب كذلك الذي سعى فيما بينهما، لأنه أعان على ما لا يحل، قياسا على قوله ﷺ: (لعن الله الراشي والمرتشي والرائش)[1]، وهو الذي يسعى بينهما.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في ذلك هو أن تقدير العقوبات التي لم يحددها الشرع موكول إلى ولي الأمر بالغا ذلك ما بلغ، وعليه تدل الروايات المختلفة عن السلف الصالح رضي الله عنهم ممن ولي أمر المسلمين، فقد روي عن عمر رضي الله عنه، أنه كتب إلى أبي موسى رضي الله عنه: لا تجلد في التعزير أكثر من عشرين، وعن عثمان: ثلاثين، وعن عمر رضي الله عنه: أنه بلغ بالسوط مائة، وكذا عن ابن مسعود رضي الله عنهم.

قال ابن تيمية مبينا الطرق التي يمكن للإمام أن ينتهجها للتعزير: (وليس لأقل التعزير حد، بل هو بكل ما فيه إيلام الانسان من قول وفعل وترك قول وترك فعل، فقد يعزر الرجل بوعظه وتوبيخه والاغلاظ له، وقد يعزر بهجره وترك السلام عليه حتى يتوب إذا كان ذلك هو المصلحة كما هجر النبي ﷺ وأصحابه الثلاثة الذين خلفوا، وقد يعزر بعزله عن ولايته كما كان النبي ﷺ وأصحابه يعزرون بذلك، وقد يعزر بترك استخدامه في جند المسلمين كالجندى المقاتل إذا فر من الزحف، فإن الفرار من الزحف من الكبائر وقطع أجره نوع تعزير له، وكذلك الأمير إذا فعل ما يستعظم فعزله عن إمارته تعزير له، وكذلك قد يعزر بالحبس، وقد يعزر بالضرب وقد يعزر بتسويد وجهه وإركابه على دابة مقلوبا، كما روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه أمر بمثل ذلك في شاهد الزور فإن الكاذب سود الوجه، فسود وجهه وقلب الحديث فقلب ركوبه)[2].

أما الحديث الذي ورد في ذلك، وأخذ بعض الفقهاء بظاهره، فقد أجيب عنه بأجوبة كثيرة منها:

---

(1) قال المنذري: رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح، وابن ماجه وابن حبان في صحيحه والحاكم: وقال صحيح الإسناد، انظر: الترغيب والترهيب: 25/3،المستدرك: 4/115، صحيح ابن حبان: 11/467، الترمذي: 3/622، أبو داود: 3/300، أحمد: 2/164.

(2) كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه: 28/344.

1. قصره على الجلد وأما الضرب بالعصا مثلا وباليد فتجوز الزيادة، لكن لا يجاوز أدنى الحدود، وكأن قائل هذا لم يقف على الرواية الواردة بلفظ الضرب.

2. أنه منسوخ دل على نسخه إجماع الصحابة، وقد رد ذلك بأنه قال به بعض التابعين، وهو قول الليث بن سعد أحد فقهاء الأمصار.

3. معارضة الحديث بما هو أقوى منه، وهو الإجماع على أن التعزير يخالف الحدود، وحديث الباب يقتضي تحديده بالعشر فما دونها، فيصير مثل الحد.

4. معارضة الحديث بالاجماع على أن التعزير موكول إلى رأي الامام فيما يرجع إلى التشديد والتخفيف، لا من حيث العدد، لأن التعزير شرع للردع، ففي الناس من يردعه الكلام،ومنهم من لا يردعه الضرب الشديد، فلذلك كان تعزير كل أحد بحسبه.

5. أن ذلك كان ذلك مختصا بزمن النبي ﷺ، لأنه كان يكفي الجاني منهم هذا القدر، حكاه النووي عن أصحاب مالك، وعقب عليه بقوله: (وهذا التأويل ضعيف)[1].

ولا يمنع أن يكون الرسول ﷺ قد قاله من باب ولايته لأمر المسلمين، ثم إن هذا التقدير مما تعم به البلوى فيحتاج ـ على الأقل ـ إلى رواية أكثر صحة من تلك الرواية التي ورد بها الحديث، والتي قد ذكرنا مقالة المحدثين فيها.

حكم من أسلمت وبقي زوجها على الكفر:

وهي من المسائل المهمة والمعاصرة، وكثيرا ما تطرح التساؤلات حولها، وللأسف نجد من يفتي في مثل هذه المسائل بما يكون سببا لتنفير من ترغب في الدخول للإسلام خوفا على بيتها من الانهيار بعد التفريق بينها وبين زوجها.

وفي طرحنا لهذه المسألة، نحاول أن نجد حلا شرعيا لهذه المشكلة القديمة المعاصرة في إطار الأقوال الفقهية والأدلة الشرعية، وقد ذكر الفقهاء لهذه الحالة صورتان:

الصورة الأولى: إسلام الزوجين معا:

اتفق الفقهاء على أنهما إذا أسلما معا، فهما على الزواج الأول سواء قبل الدخول أو بعده إلا إذا كان بينهما مانع من موانع الزواج كنسب أو رضاع،وقد نقل الإجماع في ذلك ابن عبد البر، قال في التمهيد: (أجمع العلماء أن الزوجين إذا أسلما معا في حال واحدة أن لهما المقام

---

(1) شرح النووي على مسلم: 11/222.

على نكاحهما إلا أن يكون بينهما نسب أو رضاع يوجب التحريم، وأن كل من كان له العقد عليها في الشرك كان له المقام معها إذا أسلما معا وأصل العقد معفي عنه)[1] .

واستدل على ذلك بأن عامة أصحاب رسول الله ﷺ كانوا كفارا، فأسلموا بعد التزويج، وأقروا على النكاح الأول، ولم يعتبر في أصل نكاحهم شروط الإسلام.

الصورة الثانية: تأخر إسلام أحدهما:

اختلف الفقهاء في في ذلك اختلافا كبيرا من لدن السلف إلى المتأخرين من العلماء، ولا بأس أن نذكر هنا الأقوال في المسألة معتمدين في ذلك بالدرجة الأولى على كتاب (أحكام أهل الذمة) لابن القيم الذي أفاض في المسألة إفاضة كبيرة تدل عل مدى أهميتها، وقد ذكر ابن القيم تسعة أقوال في المسألة يمكن حصرها في القولين التاليين:

القول الأول: فساد الزواج مطلقا ووجوب الفسخ:

فإذا أسلمت المرأة انفسخ زواجها منه سواء كانت كتابية أو غير كتابية، وسواء أسلم بعدها بطرفة عين أو أكثر، ولا سبيل إلى تصحيح الزواج إلا بأن يسلما معا في وقت واحد، فإن أسلم هو قبلها انفسخ زواجها ساعة إسلامه، ولو أسلمت بعده بطرفة عين انفسخ الزواج بذلك، وهو قول الظاهرية،وحكاه ابن حزم عن عمر بن الخطاب، وجابر بن عبد الله، وابن عباس رضي الله عنهم، وبه يقول حماد بن زيد، والحكم بن عتيبة وسعيد بن جبير، وعمر بن عبد العزيز، وعدي بن عدي الكندي، والحسن البصري، وقتادة، والشعبي، وغيرهم[2] . واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. قوله تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَآتُوهُمْ مَا أَنْفَقُوا وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ وَاسْأَلُوا مَا أَنْفَقْتُمْ وَلْيَسْأَلُوا مَا أَنْفَقُوا ذَلِكُمْ حُكْمُ اللَّهِ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ (١٠)** ﴾ (الممتحنة)، فقد حرم في الآية رجوع المؤمنة إلى الكافر، وصرح الشرع بإباحة زواجها ولو كانت في عصمة الزوج حتى يسلم في العدة أو بعدها لم يجز زواجها لا سيما والمهاجرة تستبرأ بحيضة، وهذا صريح في انقطاع العصمة بالهجرة.

---

(1) التمهيد :12/ 21.

(2) المحلى: 5/ 368.

2. قوله تعالى: ﴿ ... وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ ... ⦗١٠⦘ ﴾ (الممتحنة)، وهو صريح في أن المسلم مأمور ألا يمسك عصمة امرأته إذا لم تسلم، فصح أن ساعة وقوع الإسلام منه تنقطع عصمة الكافرة منه.

3. قوله تعالى: ﴿ ... لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ ... ⦗١٠⦘ ﴾ (الممتحنة)، وهو صريح في تحريم أحدهما على الآخر في كل وقت.

4. صح عن النبي ﷺ أنه قال: (المهاجر من هجر ما نهى الله عنه) فكل من أسلم فقد هجر الكفر الذي قد نهي عنه فهو مهاجر.

5. نص تعالى على أن نكاحها مباح لنا، فصح انقطاع العصمة بإسلامها.

6. الآثار المروية عن السلف في ذلك، وممن روى عنهم ابن حزم هذا القول: عمر بن الخطاب وجابر بن عبد الله وعبدالله بن عباس وحماد بن زيد والحكم بن عتيبة وسعيد بن جبير وعمر بن عبدالعزيز والحسن البصري وعدي بن عدي وقتادة والشعبي[1].

القول الثاني: صحة الزواج:

وهو استمراره على العقد السابق دون حاجة إلى عقد جديد، وقد اختلف هؤلاء اختلافا شديدا في المدة التي يستمر فيها هذا العقد ساريا، واختلفوا كذلك في نوع التفريق الذي يقع بعد ذلك، هل هو فسخ أو طلاق؟ وهذه خلاصة الآراء في ذلك معنونة بحسب العلة المراعاة في اعتبار التفريق:

اعتبار المكان:

وقد روي في مراعاة المكان رأيان:

الرأي الأول: التفريق بين دار الحرب ودار الإسلام: وهو مذهب الحنفية، وتفصيله كما يلي:

الحالة الأولى: في دار الإسلام: إن كان في دار الإسلام، عرض الإسلام على الذي لم يسلم، فإن أسلما بقيا على زواجهما، وإن أبيا فحينئذ تقع الفرقة، ولا تراعى العدة في ذلك،

---

(1) انظر: المحلى: 5/369، وقد نفى ابن القيم ما نقله ابن حزم عن الصحابة، يقول ابن القيم: «لا نعلم أحدا من الصحابة قال به البتة، وما حكاه أبو محمد بن حزم عن عمر وجابر وابن عباس فبحسب ما فهمه من آثار رويت عنهم مطلقة» أحكام أهل الذمة: 2/648.

وهو مذهب الحنفية، وقد اتفقوا على أن الفرقة فسخ إن كانت المرأة مجوسية واختلفوا في نوع الفرقة إن كانت كتابية،هل هي طلاق أم فسخ على قولين:

1. الفسخ ههنا طلاق، لأن الزوج ترك الإمساك بالمعروف مع القدرة عليه فينوب القاضي منابه في التسريح بالإحسان فيكون قوله كقول الزوج، وهو قول أبي حنيفة ومحمد.

2. لا يكون طلاقا، لأنه سبب يشترك فيه الزوجان، فلا يكون طلاقا كما لو ملكها أو ملكته، وهو قول أبي يوسف.

الحالة الثانية: في دار الحرب: إن كانا في دار الحرب فخرجت المرأة إلينا مسلمة أو معاهدة فساعة حصولها في دار الإسلام تقع الفرقة بينهما لا قبل ذلك، فإن لم تخرج من دار الحرب بأن حاضت ثلاث حيض قبل أن يسلم هو وقعت الفرقة حينئذ وعليها أن تبتدئ ثلاث حيض أخر عدة منه، وقد اختلفوا كذلك هنا في نوع الفرقة كما سبق.

الرأي الثاني: عدم الخروج من البلد: هو أن زوجها أحق بها ما لم تخرج من مصرها، وهو مروي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه فقد قال في الزوجين الكافرين يسلم أحدهما: (هو أملك ببضعها ما دامت في دار هجرتها)[1].

مراعاة العدة:

والتفريق بين إسلام المرأة وإسلام الرجل، وبين الإسلام قبل الدخول وبعده، وقد رويت في ذلك ثلاثة آراء:

رأي المالكية: وتفصيله كما يلي:

أولا - إن أسلمت المرأة ولم يسلم الرجل، فإن أسلم في عدتها فهما على زواجهما، وإن لم يسلم حتى انقضت عدتها فقد بانت منه، قال مالك في النصرانية تكون تحت النصراني فيخرج إلى بعض الأسفار فتسلم امرأته وهو غائب: (إنها تؤمر بالنكاح إذا انقضت عدتها، ولا ينتظر بها وليس له منها شيء إن قدم بعد انقضاء عدتها وهو مسلم نكحت أو لم تنكح، هذا إذا أسلم بعد انقضاء عدتها، فإن أسلم قبل انقضاء عدتها في غيبته، فإن نكحت قبل أن يقدم زوجها أو يبلغها إسلامه فلا سبيل له إليها، وإن أدركها قبل أن تنكح فهو أحق بها، وإن كانت

---

(1) أحكام أهل الذمة: 2/646.

الغيبة قريبة استؤني بتزويجها وكتب للسلطان فلعله قد أسلم قبلها وإن كانت بعيدة فلا)[1]، واستدلوا على ذلك بما يلي :

1. أنه كان بين إسلام صفوان بن أمية وامرأته بنت الوليد بن المغيرة نحو من شهر أسلمت يوم الفتح وبقي صفوان حتى شهد حنينا والطائف وهو كافر، ثم أسلم، فلم يفرق النبي ﷺ بينهما واستقرت عنده امرأته بذلك الزواج، قال ابن عبد البر: وشهرة هذا الحديث أقوى من إسناده[2].

2. أن أم حكيم أسلمت يوم الفتح، وهرب زوجها عكرمة حتى أتى اليمن، فارتحلت حتى قدمت عليه اليمن فدعته إلى الإسلام فأسلم وقدم فبايع النبي ﷺ فثبتا على زواجهما.

3. أسلم أبو سفيان عام الفتح قبل دخول النبي ﷺ مكة، ولم تسلم امرأته هند حتى فتح النبي ﷺ مكة فثبتا على زواجهما.

4. خرج أبو سفيان بن الحارث وعبدالله بن أبي أمية فلقيا النبي ﷺ عام الفتح بالأبواء فأسلما قبل نسائهما.

ثانيا : إن أسلم الرجل ولم تسلم المرأة: عرض عليها الإسلام، فإن أسلمت بقيا على زواجهما، وإن أبت انفسخ الزواج ساعة إبائها سواء كان قبل الدخول أو بعده.

واعتبر ابن القاسم الفرقة حيث وقعت فسخا، وفي رواية أخرى اعتبرها طلقة ثانية، ومما استدل به لذلك أن عبادة بن النعمان الثعلبي كان ناكحا امرأة من بني تميم فأسلمت فقال له عمر بن الخطاب رضي الله عنه إما أن تسلم وإما أن ننزعها منك فأبى فنزعها عمر رضي الله عنه.

وقد راعت آراء أخرى ما راعاه المالكية مع اختلافهم مع المالكية في أحكام كل حالة، ومن تلك الآراء:

رأي ابن شبرمة: وهو عكس قول المالكية، وهو أنها إن أسلمت قبله وقعت الفرقة في الحين، وإن أسلم قبلها فأسلمت في العدة فهي امرأته وإلا وقعت الفرقة بانقضاء العدة[3].

(1) التمهيد : 12/ 29.

(2) التمهيد :33/12.

(3) أحكام أهل الذمة :2/ 645، التمهيد :12/ 28.

رأي الأوزاعي والزهري والليث والإمام أحمد والشافعي وإسحاق: وهو أنه إذا سبق أحدهما بالإسلام، فإن كان قبل الدخول انفسخ الزواج، وإن كان بعده فأسلم الآخر في العدة فهما على زواجهما، وإن انقضت العدة قبل إسلامه انفسخ الزواج،فلم يفرقوا في ذلك بين الرجل والمرأة على عكس قول المالكية.

مراعاة حكم الحاكم:

وهو أنه إذا أسلمت المرأة ولم يسلم زوجها فهما على زواجهما ما لم يفرق بينهما الحاكم، وهو مروي عن الزهري.

التربص إلى إسلامه بدون تحديد:

ويرى استمرار العصمة المقيدة بحرمة المعاشرة الجنسية، فتجب لها النفقة والسكنى، ولكن لا سبيل له إلى معاشرتها، بل تنتظر وتتربص فمتى أسلم فهي امرأته ولو مكثت سنين، وزوجها في تلك الحال ليس زوجا مالكا لعصمتها من كل وجه فلذلك لا يحتاج إذا أسلم إلى ابتداء عقد يحتاج فيه إلى ولي وشهود ومهر وعقد، بل إسلامه بمنزلة قبوله للزواج وانتظارها بمنزلة الإيجاب، وهو مذهب كثير من السلف واختيار ابن تيمية وابن القيم[1]، ويمكن حصر أدلة هذا القول في الدليلين التاليين:

الدليل الأول: الإجابة على ما أورده المخالفون من الآيات: فقد أجابوا على الآيات التي استدل بها المخالفون بوجوه من الإجابات منها:

1. اعتبار ظرف نزول الآية، لأن تحريم النساء المشركات على المؤمنين لم يستفد بهذه الآية، بل كان ثابتا قبل ذلك بقوله تعالى: ﴿ **وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ** ... (٢٢١) ﴾ (البقرة)، وإنما اقتضت هذه الآية حكمه تعالى بين المؤمنين والكفار في النساء اللاتي يرتددن إلى الكفار واللاتي يهاجرن إلى المسلمين، فإن الشرط كان قد وقع على أن من شاء أن يدخل في

(1) لكن ابن عبد البر شكك فيما روي عن السلف من ذلك، يقول في التمهيد: «لم يختلف العلماء أن الكافرة إذا أسلمت ثم انقضت عدتها أنه لا سبيل لزوجها إليها إذا كان لم يسلم في عدتها إلا شيء روي عن إبراهيم النخعي شذ فيه عن جماعة العلماء ولم يتبعه عليه أحد من الفقهاء إلا بعض أهل الظاهر، فإنه قال أكثر أصحابنا: لا يفسخ النكاح لتقدم إسلام الزوجة إلا بمضي مدة يتفق الجميع على نسخه لصحة وقوعه في أصله ووجود التنازع في حقه واحتج بحديث ابن عباس بأن رسول الله ﷺ رد زينب على أبي العاص بالنكاح الأول بعد مضي سنتين لهجرتها واظنه مال فيه إلى قصة أبي العاص». التمهيد :12/ 23.

دين رسول الله ﷺ وعهده دخل ومن شاء أن يدخل في دين قريش وعهدهم دخل، فهاجر نسوة اخترن الإسلام وارتد نسوة اخترن الشرك، فحكم الله أحسن حكم بين الفريقين في هذه الآية، ونهى المسلمين فيها أن يمسكوا بعصمة المرأة التي اختارت الكفر والشرك، فإن ذلك منع لها من التزوج بمن شاءت وهي في عصمة المسلم والعهد اقتضى أن من جاء من المسلمين رجالهم ونسائهم إلى الكفار يقر على ذلك ومن جاء من الكفار إلى المسلمين يرد إليهم فإذا جاءت امرأة كافرة إلى المسلمين زالت عصمة زواجها وأبيح للمسلمين أن يزوجوها فإذا فاتت امرأة من المسلمين إلى الكفار فلو بقيت في عصمته ممسكا لها لكان في ذلك ضرر بها إن لم يمكنها أن تزوج وضرر به إن أمكنها أن تتزوج وهي في عصمته، فاقتضى حكمه العدل تعجيل التفريق بينه وبين المرأة المرتدة أو الكافرة عندهم لتتمكن من التزويج كما تتمكن المسلمة من التزويج إذا هاجرت.

2. أن الآية إنما تدل على أن الرجل إذا أسلم ولم تسلم المرأة أنه لا يمسكها بل يفارقها فإذا أسلمت بعده، فله أن يمسك بعصمتها وهو إنما أمسك بعصمة مسلمة لا كافرة.

3. أن قوله تعالى: ﴿ ... **فَلا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ** ... ⑩ ﴾ (الممتحنة) إنما يدل على النهي عن رد النساء المهاجرات إلى الله ورسوله إلى الكفار وليس فيه ما يقتضي أنها لا تنتظر زوجها حتى يصير مسلما مهاجرا إلى الله ورسوله ثم ترد إليه.

4. أن قوله تعالى: ﴿ ... **لا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ** ... ⑩ ﴾ (الممتحنة) إنما فيه إثبات التحريم بين المسلمين والكفار وأن أحدهما لا يحل للآخر وليس فيه أن أحدهما لا يتربص بصاحبه الإسلام فيحل له إذا أسلما.

5. أن قوله تعالى: ﴿ ... **وَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ** ... ⑩ ﴾ (الممتحنة) خطاب للمسلمين ورفع للحرج عنهم أن ينكحوا المؤمنات المهاجرات إذا بنَّ من أزواجهن وتخلين عنهم، وذلك لا يكون بعد انقضاء عدة المرأة واختيارها لنفسها، ولا ريب أن المرأة إذا انقضت عدتها تخير بين أن تتزوج من شاءت وبين أن تقيم حتى يسلم زوجها فترجع إليه إما بالعقد الأول على ما انتصر له هذا القول، أو بعقد جديد على قول من يرى انفساخ الزواج بمجرد انقضاء العدة [1].

---

(1) قال ابن القيم: «لو أنا قلنا إن المرأة تبقى محبوسة على الزوج لا نمكنها أن تتزوج بعد انقضاء العدة شاءت أم أبت لكان في الآية حجة علينا، ونحن لم نقل ذلك ولا غيرنا من أهل الإسلام، بل هي أحق بنفسها إن شاءت تزوجت وإن شاءت تربصت» أحكام أهل الذمة: 3/687.

6. أن قوله تعالى: ﴿ ... وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ ... ⑩ ﴾ (الممتحنة) إنما تضمن النهي عن استدامة زواج المشركة والتمسك بها وهي مقيمة على شركها وكفرها وليس فيه النهي عن الانتظار بها أن يسلم ثم يمسك بعصمتها، وليس هو في التربص ممسك بعصمتها لأنها متمكنة بعد انقضاء عدتها من مفارقته والتزوج بغيره ولو كانت العصمة بيده لما أمكنها ذلك.

الدليل الثاني: الأدلة النصية: من النصوص المثبتة لما ذهبوا إليه:

1. عن ابن عباس رضي الله عنه قال: رد النبي ﷺ ابنته زينب على زوجها أبي العاص بن الربيع بالنكاح الأول ولم يحدث شيئا[1]، وقد ثبت أن النبي ﷺ رد زينب ابنته على أبي العاص بالزواج الأول بعد ست سنين، قال محمد بن عمرو في حديثه بعد ست سنين، وقال الحسن بن علي بعد سنتين ووقع في رواية بعد ثلاث سنين[2].

2. أنه لما قدم أبو العاص بن الربيع المدينة في زمن الهدنة وهو مشرك سألت امرأته زينب بنت رسول الله ﷺ: هل ينزل في دارها، فقال: إنه زوجك ولكن لا يصل إليك[3].

---

(1) المستدرك: 2/219، وقد رد ابن عبد البر على هذا الحديث بقوله: «فخبر ابن عباس في رد أبي العاص إلى زينب بنت رسول الله ﷺ خبر متروك لا يجوز العمل به عند الجميع فاستغنى عن القول فيه»، ولكنه مع ذلك أطنب في الرد عليه ومن الوجوه التي رد بها الحديث:

- أنه إذا كان أبو العاص كافرا إذ رده رسول الله ﷺ إلى ابنته زينب على النكاح الأول، فإنه كان قبل نزول الفرائض وأحكام الإسلام في النكاح إذ في القرآن والسنة والإجماع تحريم فروج المسلمات على الكفار.

- أما إذا كان مسلما فلا يخلو من أن تكون زينب حاملا فتمادى حملها ولم تضعه حتى أسلم زوجها فرده رسول الله ﷺ إليها في عدتها وهذا ما لم ينقل في خبر، أو أن تكون قد خرجت من العدة فيكون ذلك منسوخا بالإجماع لأنهم قد أجمعوا أنه لا سبيل له إليها بعد العدة فكيف كان ذلك.

- أن قوله: «على النكاح الأول» يحتمل «على مثل النكاح الأول من الصداق».

- أنه قد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ رد زينب إلى أبي العاص بنكاح جديد، وكذلك يقول الشعبي على عمله بالمغازي أن رسول الله ﷺ لم يرد أبا العاص إلى ابنته زينب إلا بنكاح جديد وهو ما تعضده الأصول. انظر: التمهيد: 12/23.

(2) عون المعبود: 6/231.

(3) رواه البيهقي في السنن الكبرى وترجم له بقوله: «باب الزوجين الوثنيين يسلم أحدهما فالجماع ممنوع حتى يسلم المتخلف منهما»، السنن الكبرى: 7/185.

3. لما فتح النبي مكة أسلم نساء الطلقاء وتأخر إسلام جماعة منهم مثل صفوان بن أمية وعكرمة بن أبي جهل وغيرهما الشهرين والثلاثة وأكثر ولم يذكر النبي ﷺ فرقا بين ما قبل انقضاء العدة وما بعدها.

4. أن الآثار المختلفة عن السلف الصالح رضي الله عنهم تدل على ذلك، فالآثار الواردة عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه والتي قد تبدو متعارضة لا تعارض بينها، فإن الزواج بالإسلام يصير جائزا بعد أن كان لازما، فيجوز للإمام أن يعجل الفرقة، ويجوز له أن يعرض الإسلام على الثاني، ويجوز إبقاؤه إلى انقضاء العدة، ويجوز للمرأة التربص به إلى أن يسلم ولو مكثت سنين كل هذا جائز لا محذور فيه[1]، وقد روي أن نصرانيا أسلمت امرأته فخيرها عمر بن الخطاب رضي الله عنه إن شاءت فارقته وإن شاءت أقامت عليه، وليس معناه أنها تقيم تحته وهو نصراني، بل تنتظر وتتربص فمتى أسلم فهي امرأته ولو مكثت سنين.

5. القول بتعجيل الفرقة فيها خلاف المعلوم من سنة رسول الله ﷺ وسنة خلفائه الراشدين، فقد ارتد على عهدهم خلق كثير، ومنهم من لم ترتد امرأته ثم عادوا إلى الإسلام وعادت إليهم نساؤهم، وما عرف أن أحدا منهم أمر أن يجدد عقد زواجه، مع العلم بأن منهم من عاد إلى الإسلام بعد مدة أطول من مدة العدة، ومع العلم بأن كثيرا من نسائهم لم ترتد ولم يستفصل رسول الله ﷺ ولا خلفاؤه أحدا من أهل الردة هل عاد إلى الإسلام بعد انقضاء العدة أم قبلها، بل المرتد إن استمر على ردته قتل، وإن عاد إلى الإسلام فامرأته وماله باق عليه بحاله فماله وامرأته موقوف.

6. أن العقد في هذه المدة جائز لا لازم، ولا محذور في ذلك، ولا ضرر على الزوجة فيه، ولا يناقض ذلك شيئا من قواعد الشرع.

7. أن الشارع الحكيم لو أراد هذا لكان مما يجب بيانه للناس قبل ذلك الوقت، فإنهم أحوج ما كانوا إلى بيانه، لأن السكوت عن البيان وقت الحاجة لا يجوز.

8. أن بقاء مجرد العقد جائزا غير لازم من غير تمكين من المعاشرة الجنسية خير محض ومصلحة بلا مفسدة، فإن المفسدة إما بابتداء استيلاء الكافر على المسلمة، وهو لا يجوز كابتداء زواجه للمسلمة، وإن لم يكن فيه معاشرة كما لا يجوز استيلاؤه بالاسترقاق، وإما بالمعاشرة

(1) أحكام أهل الذمة: 650/2.

الجنسية بعد إسلامها، وهو لا يجوز أيضا فصار إبقاء الزواج جائزا فيه مصلحة راجحة للزوجين في الدين والدنيا من غير مفسدة، ومثل هذا لا تأتي الشريعة بتحريمه.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة، والأوفق بالمصلحة في هذا العصر، هو القول الأخير الذي أيدته النصوص الكثيرة، وقد قال ابن القيم في معرض رده للقول بوجوب الفرقة: (فإن في هذا تنفيرا عن الإسلام، فإن المرأة إذا علمت أو الزوج أنه بمجرد الإسلام يزول الزواج ويفارق من يحب ولم يبق له عليها سبيل إلا برضاها ورضا وليها ومهر جديد نفر عن الدخول في الإسلام، بخلاف ما إذا علم كل منهما أنه متى أسلم فالزواج بحاله، ولا فراق بينهما إلا أن يختار هو المفارقة، كان في ذلك من الترغيب في الإسلام ومحبته ما هو أدعى إلى الدخول فيه)[1].

وهو منه رضي الله عنه مع علمه بالسنة من الفقه المقاصدي الذي نحتاج ـ في هذا العصر ـ إلى تبنيه في وجه الفقه الذي يغفل عن المقاصد الشرعية، فينفر أكثر مما يبشر، ويعسر أكثر مما ييسر.

الكفاءة في التدين:

اختلف الفقهاء في اعتبار الممارسة الدينية التي هي التدين من خصال الكفاءة أم لا على الأقوال التالية:

القول الأول: اعتبار التدين الذي هو السلامة من الفسق، وهو مذهب جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف: لو أن امرأة من بنات الصالحين زوجت نفسها من فاسق كان للأولياء حق الاعتراض، لأن التفاخر بالدين أحق من التفاخر بالنسب والحرية والمال والتعيير بالفسق أشد وجوه التعيير.

وقال المالكية: المراد بالدين الإسلام مع السلامة من الفسق، ولا تشترط المساواة في الصلاح.

وقال الشافعية: من خصال الكفاءة الدين والصلاح والكف عما لا يحل، والفاسق ليس بكفء للعفيفة، وغير الفاسق – عدلا كان أو مستورا – كفء لها، ولا تعتبر الشهرة بالصلاح،

---

(1) أحكام أهل الذمة: 3/ 694.

فغير المشهور بالصلاح كفء للمشهورة به، والفاسق كفء للفاسقة مطلقا إلا إن زاد فسقه أو اختلف نوعه كما بحثه الإسنوي، والمبتدع ليس بكفء للعفيفة أو السنية.

وقال الحنابلة: الدين مما يعتبر في الكفاءة، فلا تزوج عفيفة عن الزنا بفاجر، أي بفاسق بقول أو فعل أو اعتقاد.

وقد استدل أصحاب هذا القول بالأدلة التالية[1]:

1. ما روى سهيل بن سعد أن النبي ﷺ مر عليه رجل فقال: ما تقولون في هذا فقالوا: حري إن خطب أن ينكح وإن شفع أن يشفع وإن قال أن يسمع، قال: ثم سكت فمر رجل من فقراء المسلمين فقال: ما تقولون في هذا قالوا حري إن خطب ألا ينكح وإن شفع ألا يشفع وإن قال ألا يسمع فقال رسول الله ﷺ هذا خير من ملء الأرض مثل هذا[2].

2. وقال ﷺ: (تنكح المرأة لمالها وجمالها ودينها وفي رواية ولحسبها فعليك بذات الدين تربت يداك)[3].

3. خطب سلمان إلى أبي بكر ابنته فأجابه، وخطب إلى عمر ابنته فالتوى عليه، ثم سأله أن ينكحها، فلم يفعل سلمان.

4. خطب بلال بنت البكير فأبى إخوتها فقال بلال يا رسول الله، ماذا لقيت من بني البكير خطبت إليهم أختهم فمنعوني وآذوني، فغضب رسول الله ﷺ من أجل بلال، فبلغهم الخبر فأتوا أختهم، فقالوا: ماذا لقينا من سبيل فقالت أختهم: أمري بيد رسول الله ﷺ، فزوجوها.

القول الثاني: عدم اعتبار التدين، وهو قول محمد بن الحسن، لأن التدين من أمور الآخرة، والكفاءة من أحكام الدنيا، فلا يقدح فيها الفسق إلا إذا كان شيئا فاحشا يعاب به، بأن كان الفاسق ممن يسخر منه ويضحك عليه ويصفع، فإن كان ممن يهاب منه، بأن كان أميرا قتالا فإنه يكون كفئا لأن هذا الفسق لا يعد شيئا في العادة[4].

---

(1) أورد هذه الأدلة في هذا الباب، القرطبي في التفسير:16/347، تفسير ابن كثير: 4/219، التمهيد :19/163، وغيرها.

(2) البخاري: 5/1958، ابن ماجة: 2/1379.

(3) سبق تخريجه.

(4) الهداية شرح البداية: 1/201، بدائع الصنائع: 2/320.

القول الثالث: أن الفاسق إن كان معلنا لا يكون كفئا وإن كان مستترا يكون كفئا وهو مذهب أبي يوسف، فإن فقد الدين وكان الزوج فاسقا فليس بكفء[1].

الترجيح:

نرى أن الأرجح هو اعتبار الكفاءة في التدين، لدلالة النصوص على ذلك، بل إن النصوص لم تعتبر الكفاءة إلا في الدين والتدين، ولكنه من الصعب مع ذلك معرفة مدى تدين الشخص للاعتبارات الكثيرة التي يراها الناس لمدى التدين، فلذلك يراعى على الأقل الحد الأدنى من التدين، وهو ترك الكبائر والتزام الفرائض، وما عدا ذلك يمكن إصلاحه.

الكفاءة في النسب:

وهو من الأمور المهمة والواقعية، والتي قصرت بعض المجتمعات الإسلامية الكفاءة عليها، حتى اعتبرت الكفاءة عنوانا على ترفع بعض الأنساب على البعض الآخر، وعادت بعض المجتمعات بسبب ذلك إلى الحمية الجاهلية والنعرات القبلية، وقد قال أحد الفقهاء مبينا قيمة النسب في الكفاءة: (واعتبار النسب هو الركن الأعظم، لأن الرغبات تختلف به مطلقا)[2] فلذلك سنرى هنا موقف الفقهاء من هذه الخصلة في الكفاءة، وموقعها من الشريعة الإسلامية:

حكم اعتبار النسب في الكفاءة:

اختلف الفقهاء في اعتبار النسب في الكفاءة في الزواج على قولين:

القول الأول[3]: اعتبار النسب في كفاءة الزواج، وأن الرجل ليس كفئا لامرأة تنسب إلى قبيلة أشرف من قبيلته، وهو مذهب الحنفية والراجح عند الشافعية والحنابلة، ومن أدلتهم على ذلك:

1. بعض الآثار عن السلف في ذلك، ومنها[4]: قول عمر رضي الله عنه: (لأمنعن فروج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء، وفي رواية قلت: وما الأكفاء؟ قال: في الأحساب)، وعن سعيد

---

(1) المراجع السابقة نفسها.

(2) إعانة الطالبين: 3/354.

(3) بدائع الصنائع: 2/319، المغني: 7/27، الفتاوى الكبرى لابن تيمية: 3/97، الفروع: 5/190، الإنصاف: 8/108، حاشية الدسوقي: 2/250.

(4) انظر هذه الآثار في: مصنف ابن أبي شيبة: 4/52، مصنف عبد الرزاق: 6/152.

بن المسيب، عن عمر رضي الله عنه، أنه نهى أن يتزوج العربي الأمة، وعن عمرو بن أبي قرة الكندي قال: عرض أبي على سلمان أختا فأبى وتزوج مولاة له يقال لها نعيرة، وعنه قال: لا نؤمهم ولا ننكح نساءهم، وقال ابن شهاب في العربي والمولى: لا يستويان في النسب.

2. أن العرب يعتمدون الكفاءة في النسب ويتفاخرون برفعة النسب، ويأنفون من زواج الموالي، ويرون ذلك نقصا وعارا، وأحكام الزواج لها علاقة بما يتعارف عليه الناس في ذلك، بل إن الكفاءة كانت مطلوبة بين العرب حتى في القتال، ففي قصة الثلاثة الذين خرجوا يوم بدر للبراز عتبة وشيبة والوليد فخرج إليهم ثلاثة من فتيان الأنصار فقالوا لهم: انتسبوا فانتسبوا فقالوا: أبناء قوم كرام، ولكنا نريد أكفاءنا من قريش فرجعوا إلى رسول الله ﷺ فأخبروه بذلك فقال ﷺ: صدقوا،وأمر حمزة وعليا وعبيدة بن الحارث رضوان الله عليهم أجمعين بأن يخرجوا إليهم. ووجه الاستدلال بذلك كما قال السرخسي: (فلما لم ينكر عليهم طلب الكفاءة في القتال ففي الزواج أولى)[1].

3. أن العرب فضلت الأمم برسول الله ﷺ.

4. أن الزواج يعقد للعمر، ويشتمل على أغراض ومقاصد من الصحبة والألفة والعشرة وتأسيس القرابات، وذلك لا يتم إلا بين الأكفاء.

5. أن في أصل الملك على المرأة نوع ذلة، وإليه أشار رسول الله ﷺ فيما رووا عنه أنه قال: (إنما النكاح رق فلينظر أحدكم أين يضع كريمته)[2]، وإذلال النفس حرام، كما قال ﷺ: (لا ينبغي للمؤمن أن يذل نفسه)، قالوا :وكيف يذل نفسه؟ قال: (يتعرض من البلاء لما لا يطيق)[3] وإنما جوز ما جوز منه لأجل الضرورة.

6. أن المراد من الآثار التي رواها أصحاب القول الثاني أحكام الآخرة، وتأولوا الأحاديث التي ذكرها أصحاب القول الثاني إلى الندب للتواضع وترك طلب الكفاءة لا الإلزام.

---

(1) المبسوط :5/23.

(2) روي مرفوعا والأصح وقفه على أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنهما، انظر:سنن البيهقي الكبرى:7/82، سنن سعيد بن منصور :1/191.

(3) قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب، سنن الترمذي:4/522، سنن ابن ماجة:2/1332، مسند البزار: 7/218.

القول الثاني[1]: عدم اعتبار النسب في كفاءة الزواج، وأن المعتبر فقط هو الدين، وهو مذهب المالكية وقول عند الشافعية[2]ورواية عن أحمد، وهو مذهب الظاهرية.

قال ابن العربي معبرا عن رأي المالكية: (قد بينا في مسائل الفقه أن الكفاءة معتبرة في الزواج. واختلف علماؤنا فيها؛ هل هي في الدين والمال والحسب، أو في بعضها؟ وحققنا جواز زواج الموالي للعربيات وللقرشيات، وأن المعول على قول الله تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ** ﴿١٣﴾ ﴾ (الحجرات) وقد جاء موسى إلى صالح مدين غريبا طريدا، وحيدا جائعا عريانا، فأنكحه ابنته لما تحقق من دينه، ورأى من حاله، وأعرض عما سوى ذلك)[3].

وفي المدونة، سئل ابن القاسم عن ذلك فقال: لم أسمع منه في ذلك شيئا إلا أني سألت مالكا عن نكاح الموالي في العرب، فقال: لا بأس بذلك ألا ترى إلى ما في كتاب الله تعالى ﴿ **يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ** ﴿١٣﴾ ﴾ (الحجرات))[4].

وينص المالكية على أنه ذا رضيت ثيب بكفء في دينه وهو دونها في النسب ورده أب أو ولي زوجها منه الإمام،، بل لهم في زواج العبد بالحرة تأويلان، قيل لابن القاسم: إن رضيت بعبد وهي امرأة ثيب من العرب وأبى الأب أو الولي أن يزوجها منه قال: لم أسمع فيها من مالك شيئا إلا ما أخبرتك من نكاح الموالي في العرب، وأعظم إعظاما شديدا التفرقة بين عربية ومولى، ولم يمنعوا من ذلك إلا ما كان من باب الغرر، قال ابن القاسم: من تزوج على أنه من فخذ من العرب فوجد من غيره إن كان مولى فلها فراقه إن كانت عربية، وإن كان عربيا من غير القبيل الذي سمى فلا خيار لها إلا أن تكون قرشية تتزوجه على أنه قرشي فإذا هو عربي فلها الخيار[5].

---

(1) المحلى: 9/151، أحكام القرآن لابن العربي: 4/134، تبيين الحقائق: 2/129، طرح التثريب: 5/157.

(2) نرى أن هذه الرواية عن الشافعي هي الأرجح عنده، قال ابن حجر: «إن الشافعي قال الكفاءة في الدين، وهو كذلك في مختصر البويطي، قال الرافعي وهو خلاف مشهور، ونقل الابزي عن الربيع أن رجلا سأل الشافعي عنه، فقال أنا عربي لا تسألني عن هذا»، انظر: فتح الباري: 9/133.

(3) أحكام القرآن: ابن العربي: 3/507.

(4) المدونة: 2/107.

(5) التاج والإكليل: 5/72.

وهو نفس قول الظاهرية، قال ابن حزم: (أهل الإسلام كلهم إخوة لا يحرم على ابن من زنجية لغية نكاح ابنة الخليفة الهاشمي)[1] .

والأدلة التي ذكرها أصحاب هذا القول كثيرة مستفيضة، ولشدة الحاجة إلى التذكير بها في مجتمعاتنا الإسلامية سنورد ما أمكن منها هنا:

من القرآن الكريم:

1. النصوص الدالة على جواز الزواج مما طاب من النساء في قوله تعالى مخاطبا لجميع المسلمين: ﴿ ... **فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ** ... (٣) ﴾ (النساء) ، وعندما ذكر تعالى ما حرم علينا من النساء ختم ذلك بقوله تعالى: ﴿ ... **وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ** ... (٢٤) ﴾ (النساء) .

2. النصوص الكثيرة الدالة على الأخوة بين المؤمنين كقوله تعالى: ﴿ **إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ** (١٠) ﴾ (الحجرات) .

3. النصوص الدالة على المساواة بين البشر، كقوله تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ** (١٣) ﴾ (الحجرات) .

4. قوله تعالى: ﴿ **وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا** (٥٤) ﴾ (الفرقان) ، وقد استدل بها البخاري على عدم اعتبار الكفاءة في النسب، قال ابن حجر: (قال الفراء النسب من لا يحل نكاحه والصهر من يحل نكاحه، فكأن المصنف لما رأى الحصر وقع بالقسمين صلح التمسك بالعموم لوجود الصلاحية إلا ما دل الدليل على اعتباره وهو استثناء الكافر)[2] .

من السنة النبوية الشريفة:

النصوص العامة الدالة على الأخوة بين المؤمنين، ومنها:

1. عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه، قال: خطبنا رسول الله ﷺ في أوسط أيام التشريق خطبة الوداع فقال: (يا أيها الناس إن ربكم واحد وإن أباكم واحد، ألا لا فضل لعربي على

---

(1) المحلى: 9/151 .

(2) فتح الباري: 9/132 .

عجمي ولا لعجمي على عربي ولا لأحمر على أسود ولا لأسود على أحمر إلا بالتقوى ﴿ ... إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ... ﴿١٣﴾ ﴾ (الحجرات)، ألا هل بلغت؟ قالوا: بلى يا رسول الله، قال: فليبلغ الشاهد الغائب)[1].

2. عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (إذا كان يوم القيامة أمر الله مناديا ينادي إلا إني جعلت نسبا وجعلتم نسبا فجعلت أكرمكم أتقاكم فأبيتم إلا أن تقولوا فلان ابن فلان خير من فلان بن فلان فاليوم أرفع نسبي وأضع نسبكم أين المتقون)[2].

3. عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: (إن الله عز وجل أذهب عنكم عبية الجاهلية وفخرها بالآباء، الناس بنو آدم وآدم من تراب مؤمن تقي وفاجر شقي، لينتهين أقوام يفتخرون برجال إنما هم فحم من فحم جهنم أو ليكونن أهون على الله من الجعلان التي تدفع النتن بأنفها)[3].

4. قال ﷺ: (أنسابكم هذه ليست بمسبة على أحدكم، كلكم بنو آدم ليس لأحد على أحد فضل الا بالدين أو تقوى وكفى بالرجل أن يكون بذيا فاحشا بخيلا)[4].

5. كان بين عمرو بن العاص وبين المغيرة بن شعبة كلام في الوهط فسبه المغيرة فقال عمرو: ياآل هصيص أيسبني ابن شعبة قال ابنه عبد الله: إنا لله وإنا إليه راجعون دعوت بدعوى القبائل، وقد نهى رسول الله ﷺ عن دعوى القبائل قال: فاعتق ثلاثين رقبة[5].

النصوص الخاصة الدالة على عدم اعتبار الكفاءة في النسب:

1. عن فاطمة بنت قيس أن أبا عمرو بن حفص طلقها ألبتة، وهو غائب بالشام فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته فقال: والله ما لك علينا من شيء فجاءت إلى رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له فقال: ليس لك عليه نفقة وأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ثم قال: تلك

---

(1) مجمع الزوائد: 3/266، المعجم الكبير: 12/18، شعب الإيمان: 4/289.

(2) مجمع الزوائد: 8/84، المعجم الصغير: 1/383، قال المنذري: رواه الطبراني في الأوسط والصغير والبيهقي مرفوعا وموقوفا وقال المحفوظ الموقوف، الترغيب والترهيب: 3/375.

(3) مسند أحمد: 2/523، شعب الإيمان: 4/286.

(4) شعب الإيمان: 4/292، مسند أحمد: 4/158.

(5) شعب الإيمان: 4/292.

امرأة يغشاها أصحابي اعتدي عند عبد الله بن أم مكتوم، فإنه رجل أعمى تضعين ثيابك عنده فإذا حللت فآذنيني قالت: فلما حللت ذكرت له أن معاوية بن أبي سفيان وأبا جهم بن هشام خطباني فقال رسول الله ﷺ: أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه، وأما معاوية فصعلوك لا مال له انكحي أسامة بن زيد قالت: فكرهته ثم قال: انكحي أسامة بن زيد فنكحته فجعل الله في ذلك خيرا واغتبطت به)[1].

قال الباجي: (فيه إنكاح الموالي القرشيات، لأن فاطمة بنت قيس قرشية وأسامة بن زيد مولى، وقولها: فكرهته تريد أنها كرهت نكاحه لمعنى من المعاني، ولعلها كرهت ذلك لكونه من الموالي، وكانت العرب تكره ذلك وتترفع عنه، فأعاد عليها النبي ﷺ أن تنكح أسامة بن زيد لما علم في ذلك من المصلحة لها، ولما أراد أن يبين من جواز إنكاح القرشيات الموالي قالت: فنكحته فجعل الله في ذلك خيرا كثيرا)[2].

2. أنكح رسول الله ﷺ زينب أم المؤمنين زيدا مولاه، وأنكح المقداد ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب[3].

3. قال رسول الله ﷺ: (تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها وجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك)[4].

4. خطب بلال بنت البكير فأبى إخوتها، فقال بلال يا رسول الله: ماذا لقيت من بني البكير، خطبت إليهم أختهم فمنعوني وآذوني، فغضب رسول الله ﷺ من أجل بلال؛ فبلغهم الخبر، فأتوا أختهم، فقالوا: ماذا لقينا من سببك، غضب علينا رسول الله ﷺ من أجل بلال. فقالت أختهم: (أمري بيد رسول الله ﷺ؛ فزوجها بلالا).

5. قال النبي ﷺ في أبي هند حين حجمه: (أنكحوا أبا هند وأنكحوا إليه)[5]، وهو مولى بني بياضة.

---

(1) مسلم :2/ 1115، البخاري :5/ 2039، سنن أبي داود : 2/ 287.

(2) المنتقى : 4/ 107.

(3) البخاري : 5/ 1957، مسلم :2/ 867.

(4) البخاري :5/ 1958، صحيح ابن حبان : 9/ 345، المستدرك على الصحيحين :2/ 174، مسند أحمد :3/ 80.

(5) صحيح ابن حبان :9/ 375، المستدرك :2/178، سنن أبي داود :2/ 233.

ما ورد عن السلف الصالح: والآثار عن السلف الصالح في ذلك كثيرة منها:

1. أن سلمان خطب إلى أبي بكر ابنته فأجابه، وخطب إلى عمر ابنته فالتوى عليه، ثم سأله أن ينكحها، فلم يفعل سلمان.

2. أن أبا حذيفة بن عقبة بن ربيعة رضي الله عنه وكان ممن شهد بدرا مع النبي ﷺ تبنى سالما، وأنكحه هند بنت أخيه الوليد بن عقبة بن ربيعة، وهو مولى لامرأة من الأنصار (1).

3. قال عمر رضي الله عنه: (ما بقي في شيء من أخلاق الجاهلية. ألا إني لا أبالي أي المسلمين نكحت وأيهم أنكحت) (2).

الترجيح:

لا شك في القول باعتبار الكفاءة في الزواج من هذه الجهة قولا حادثا في الملة، لم يعرفه السلف الصالح، وقد كان السلف من الفقهاء ينكرون مثل هذا القول، وقد قيل لمالك: إن بعض هؤلاء القوم فرقوا بين عربية ومولى، فأعظم ذلك إعظاما شديدا وقال: أهل الإسلام كلهم بعضهم لبعض أكفاء، لقول الله تعالى في التنزيل: ﴿ ... **إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ (١٣)** ﴾ (الحجرات)(3).

ولكنه مع ذلك لا ينبغي أن يساء النظر بهؤلاء الفقهاء، فيزعم أن آراءهم في ذلك من منطلق الذاتية والتعصب، فإن تصور ذلك خطأ شنيع، فهم أرفع شأنا وأعظم قدرا وأزكى نفوسا من الانحطاط إلى هذا الدرك، بل كان منطلقهم هو تصورهم للكفاءة بحسب الأدلة الشرعية كما فهموها، والدليل على ذلك أن معظم القائلين بالكفاءة في النسب كانوا من العجم، وكان يقال: (إن سفيان الثوري رحمه الله كان من العرب فتواضع ورأى الموالي أكفاء له، وأبو حنيفة رحمه الله تعالى كان من الموالي فتواضع ولم ير نفسه كفؤا للعرب) (4).

ومع هاتين النظرتين، نظرة السلف المتقدمين، ونظرة الفقهاء المتأخرين، لا نتجنى على الفقهاء إن ذكرنا أن بعضهم - ولو كانوا عجما - بالغوا في اعتبار الكفاءة في النسب حتى اعتبروا

---

(1) البخاري: 5/1957.

(2) مصنف ابن أبي شيبة: 4/52، مصنف عبد الرزاق: 6/152.

(3) المدونة: 2/107.

(4) المبسوط: 5/23.

ما دل من النصوص السابقة على الأخوة العامة بين المؤمنين خاصا بالآخرة، فقد نقل بعضهم قول مالك قوله: لا تعتبر الكفاءة إلا في الدين، واستدلاله من القرآن والسنة على ذلك فرد عليه بقوله: (قلنا: المراد به في حكم الآخرة وكلامنا في الدنيا)، قال الشارح: (وإلا ففي الدنيا ثابت فضل العربي على العجمي بالإجماع)[1]، ولسنا ندري أي إجماع يدعيه، ولا أي مستند لذلك الإجماع، بل الإجماع هو ما نص عليه رسول الله ﷺ وما دل عليه القرآن الكريم، وما أيدته قواعد الدين ومقاصده الكلية.

وقد نقل بعضهم مذهب الغزالي في النسب، ورد عليه بقوله: (قال الإمام الغزالي: وشرف النسب من ثلاث جهات: جهة النبوة وجهة العلم وجهة الصلاح المشهور، ولا عبرة بالانتساب لعظماء الدنيا والظلمة المستولين على الرقاب، وإن تفاخر الناس بهم)، قال الرافعي: (ولا يساعدهما عليه كلام النقلة في العظماء، فيعتبر الانتساب إليهم ... وكيف لا يعتبر وأقل مراتب الإمرة ونحوها أن تكون كالحرفة؟ وذو الحرفة الدنيئة لا يكافئ النفيسة)[2] .

وقد نشأ عن فتح هذا الباب العصبية المحرمة بين العرب وغيرهم، بل بين العرب أنفسهم، بل نجد هذه العصبية قد انتقلت لكتب الفقه نفسها، ففي كتاب منها يقول صاحبه: سائر العرب بعضهم أكفاء لبعض، وبنوا باهلة ليسوا بأكفاء لعامة العرب؛ لأنهم يعرفون بالخساسة قيل: إنهم يستخرجون النقي من عظام الميتة ويأكلونه قال الشاعر:

إذا قيـــــل للكلـــب يا باهلي عوى الكلب من لؤم هذا النسب[3]

ويعلل فقيه آخر ذلك بأنهم يطبخون العظام ويأخذون الدسومات منها ويأكلون بقية الطعام مرة ثانية[4] ، ويورد آخر حديثا في ذلك، ويستدل بقول شاعر، فبعد أن ذكر عدم كفاءتهم لسائر العرب قال: (لأنهم معروفون بالخساسة والدناءة ويدل عليه قول الشاعر:

إذا ولـــدت حليلة باهلي غلاما زاد في عدد اللئام

وروي أن رجلا قال لرسول الله ﷺ : أتتكافأ دماؤنا؟ قال: نعم ولو قتلت باهليا لقتلتك به)[5] .

---

(1) تبيين الحقائق :2/ 128 .

(2) شرح البهجة :4/ 124 .

(3) الجوهرة النيرة :2/ 11 ،وانظر:فتح القدير:3/ 298 .

(4) البحر الرائق :3/ 141 .

(5) تبيين الحقائق : 2/ 129 .

فهؤلاء الفقهاء - مع جلالة قدرهم - تركوا الأدلة الصريحة الصحيحة لقول شاعر، ويمكنهم لو ساروا على منواله أن يهجوا القبائل جميعا، بل الخلق جميعا.

ونجد فقيها آخر يفضل الجاهلة بنت العالم على العالم ابن الجاهل، ويصرح بذلك بقوله: (العالم ابن الجاهل ليس كفئا للجاهلة بنت العالم)[1].

وهذا الخروج عن القواعد الشرعية في الأنساب نجده عند الإباضية في التفريق بين البدو والحضر، ففي شرح النيل: (وحرم على بدوية تزوجت حضريا أن تتزوج بدويا بعده إن طلقها أو مات أو حرمت عنه أو فارقها بوجه ما، لأنها قد صارت حضرية بتزوج الحضري، وإن فعلت هلكت)[2].

وكل ذلك لا دليل عليه، لا من النصوص ولا من غيرها من سائر الأدلة، أما ما استدلوا به من نصوص فإنها متكلفة ولا علاقة لها بما يعتبرونه، ومن أمثلة التكلف في الاستدلال هذا النقل من بعضهم بتصرف: (قال رسول الله ﷺ العرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ورجل برجل، والموالي بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ورجل برجل إلا حائكا أو حجاما)، رواه أبو يعلى بسند فيه عمران بن أبي الفضل الأيلي، وضعف بأنه موضوع وأن عمران هذا يروي الموضوعات عن الأثبات، وروى الدارقطني عن ابن عمر مرفوعا (الناس أكفاء قبيلة لقبيلة وعربي لعربي ومولى لمولى إلا حائكا أو حجاما) وضعف ببقية بن الوليد وهو مخيل إن عنعن الحديث ليس غير، وبأن محمد بن الفضل مطعون فيه. ورواه ابن عدي في الكامل من حديث علي وعمر باللفظ الأول، وفيه علي بن عروة قال منكر الحديث، وعثمان بن عبد الرحمن قال صاحب التنقيح هو الطرائفي من أهل حران يروي المجاهيل، وقد روي هذا الحديث من وجه آخر عن عائشة وهو ضعيف، وروى البزار عن خالد بن معدان عن معاذ بن جبل يرفعه (العرب بعضهم أكفاء لبعض)، وابن معدان لم يسمع من معاذ، وفيه سليمان بن أبي الجون قال ابن القطان: (لم أجد له ذكرا).

فبعد أن ذكر هذا الكم الكبير من الضعف والوضع، قال: (وبالجملة فللحديث أصل)، ثم بنى على هذا الأصل ما عبر عنه بقوله: (فإذا ثبت اعتبار الكفاءة بما قدمناه، فيمكن ثبوت تفصيلها أيضا بالنظر إلى عرف الناس فيما يحقرونه ويعيرون به، فيستأنس بالحديث الضعيف

---

(1) شرح البهجة :4/125.

(2) شرح النيل :6/118.

في ذلك، خصوصا وبعض طرقه كحديث بقية ليس من الضعف بذاك، فقد كان شعبة معظما لبقية وناهيك باحتياط شعبة، وأيضا تعدد طرق الحديث الضعيف يرفعه إلى الحسن)[1] .

وكل الأدلة التي استدل بها هؤلاء من هذا النوع، قال ابن حجر: (ولم يثبت في اعتبار الكفاءة بالنسب حديث، وأما ما أخرجه البزار من حديث معاذ رفعه العرب بعضهم أكفاء بعض والموالي بعضهم أكفاء بعض، فإسناده ضعيف واحتج البيهقي بحديث وائلة مرفوعا، أن الله اصطفى بني كنانة من بني إسماعيل الحديث وهو صحيح أخرجه مسلم لكن في الاحتجاج به لذلك نظر)[2] .

وقد قال ابن تيمية في مناقشته لأصحاب هذا القول: (وهذه مسائل اجتهادية ترد إلى الله والرسول ﷺ ، فإن جاء عن الله ورسوله ما يوافق أحد القولين فما جاء عن الله لا يختلف وإلا فلا يكون قول أحد حجة على الله ورسوله، وليس عن النبي ﷺ نص صحيح صريح في هذه الأمور، بل قد قال ﷺ : (إن الله أذهب عنكم عبية الجاهلية وفخرها بالآباء. الناس رجلان مؤمن تقي وفاجر شقي)[3] ، ثم أورد النصوص الصحيحة الدالة على ذلك.

فيمن يعتبر النسب:

الاعتبار في النسب ـ عند القائلين به ـ بالآباء، لأن العرب تفتخر بهم، فيهم دون الأمهات، فمن انتسبت لمن تشرف به لم يكافئها من لم يكن كذلك، فالعجمي أبا وإن كانت أمه عربية ليس كفء عربية وإن كانت أمها عجمية.

مراتب النسب[4]:

ذكر الفقهاء الذين ذهبوا إلى اعتبار النسب في الكفاءة ـ لتحقيق الأمر عمليا ـ إلى وضع مراتب للأنساب اتفقوا في بعضها واختلفوا في البعض الآخر، وهذا عرض لذلك:

المراتب المتفق عليها:

اتفق الفقهاء القائلون باعتبار الكفاءة في النسب إلى أن قريشا بعضهم أكفاء بعض، ما عدا الهاشميين والمطلبيين فقد اختلف فيهم، ومن أدلة ذلك:

---

(1) فتح القدير :3/ 296.

(2) فتح الباري :9/ 133 .

(3) كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه : 19/ 28 .

(4) الإنصاف :8/ 110، أسنى المطالب : 3/ 137، الفتاوى الفقهية الكبرى : 4/ 97، الفتاوى الهندية : 1/ 291 .

1 . ما روي عن رسول الله ﷺ قال: (قريش بعضهم أكفاء لبعض، والعرب بعضهم أكفاء لبعض، قبيلة بقبيلة، ورجل برجل، والموالي بعضهم أكفاء لبعض، قبيلة بقبيلة، ورجل برجل إلا حائك أو حجام)[1].

2 . قوله ﷺ: (قدموا قريشا ولا تقدموها)[2].

3 . قال رسول الله ﷺ: (خير نساء ركبن الإبل نساء قريش، أحناه على ولد في صغره، وأرعاه على زوج في ذات يده)[3].

واتفقوا كذلك على أن العرب بعضهم أكفاء بعض، وأنه لا يكافئهم العجم، ومرادهم بالعجم هنا ليس من في لسانه عجمة لا يعرف العربية بل من ليس أبوه عربيا، (لأن أكثر الأعاجم اليوم من أولاد العرب، فإن الصحابة لما فتحوا البلاد تزوجوا واستوطنوا بلاد العجم ونشأت فيها أولادهم)[4].

المراتب المختلف فيها:

اختلف الفقهاء في سائر المراتب بعد اتفاقهم على المراتب السابقة، ومما اختلفوا فيه:

اعتبار بني هاشم أكفاء أو غير أكفاء لقريش:

وقد اختلف في ذلك على قولين:

---

(1) رواه الحاكم من طريق ابن مليكة عن ابن عمر رفعه بهذا دون قريش ، وفيه راو لم يسم عن ابن جريج وقد أخرجه ابن عدي من طريق علي بن عروة عن ابن جريج وعلى ضعيف جدا وهو من رواية عثمان الطائفي عنه وهو ضعيف أيضا وله طريق أخرى عن ابن عمر أخرجه أبو يعلى وابن عدي وفيه عمران بن أبي الفضل وهو متفق على ضعفه وأخرج الدار قطني من وجه آخر بلفظ الناس أكفاء قبيلة لقبيلة وعربي لعربي ومولى لمولى إلا حائك أو حجام وفيه محمد بن الفضل وهو ضعيف، ورواه البزار من حديث معاذ وفي إسناده انقطاع .انظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية :2/ 63، نصب الراية :3/ 197 .

(2) قال في مجمع الزوائد : « رواه الطبراني وفيه أبو معشر وحديثه حسن وبقية رجاله رجال الصحيح » انظر: مجمع الزوائد :10/ 25، سنن البيهقي الكبرى: 1/ 314، وقد بولغ في الاستدلال بهذا الحديث حتى استدل الشافعية بهذا الحديث على إمامة الشافعي وتقديمه على غيره، انظر: فتح الباري: 6/ 530 .

(3) البخاري :3/ 1266، مسلم :4/ 1958، أحمد :1/ 318 .

(4) أسنى المطالب :3/ 137 .

القول الأول: عدم التفاضل فيما بين قريش في الكفاءة، فالقرشي الذي ليس بهاشمي كالتيمي والأموي والعدوي كفء للهاشمية، واستثنى محمد بيت الخلافة، قال في المبسوط: (وكأنه قال ذلك لتسكين الفتنة وتعظيم الخلافة لا لانعدام أصل الكفاءة)[1]، فلم يجعل القرشي الذي ليس بهاشمي كفئا له، فلو تزوجت قرشية من أولاد الخلفاء قرشيا ليس من أولادهم، كان للأولياء حق الاعتراض، وهو مذهب الحنفية، ورواية عند الحنابلة، ومن أدلتهم على ذلك:

1. أن رسول الله ﷺ تزوج عائشة رضي الله عنها، وكانت تيمية وتزوج حفصة رضي الله عنها وكانت عدوية، وزوج ابنته من عثمان رضي الله عنه وكان عبشميا، فدل ذلك على أن بعضهم أكفاء لبعض.

2. فعل رسول الله ﷺ وإجماع الصحابة رضي الله عنهم، فالرسول ﷺ زوج ابنتيه من عثمان رضي الله عنه، وكان أمويا لا هاشميا.

3. زوج علي عمر ابنته أم كلثوم ولم يكن هاشميا بل عدويا، وتزوج عبد الله بن عمرو بن عثمان فاطمة بنت الحسين بن علي، وتزوج المصعب بن الزبير أختها سكينة، وتزوجها أيضا عبد الله بن عثمان بن حكيم بن حزام، وتزوج المقداد بن الأسود ضباعة ابنة الزبير بن عبد المطلب ابنة عم رسول الله ﷺ، وزوج أبو بكر أخته أم فروة الأشعث بن قيس، وهما كنديان، وتزوج أسامة بن زيد فاطمة بنت قيس، وهي من قريش[2].

القول الثاني: ليس غير الهاشمي والمطلبي من قريش كفئا للهاشمية أو المطلبية، والمطلبي كفء الهاشمية وعكسه فهما متكافئان، ومحله إذا لم تكن شريفة، أما الشريفة فلا يكافئها إلا شريف، والشرف مختص بأولاد الحسن والحسين رضي الله عنهم، وهو مذهب الشافعية ورواية عن الحنابلة، ومن أدلتهم على ذلك:

1. قوله ﷺ: (إن الله اصطفى كنانة من ولد إسماعيل، واصطفى قريشا من كنانة، واصطفى من قريش بني هاشم واصطفاني من بني هاشم)[3].

---

(1) المبسوط: 5/23.

(2) المغني: 7/28.

(3) مسلم: 4/1782، صحيح ابن حبان: 14/135، الترمذي: 5/583.

2. قوله ﷺ : (إنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد)[1] .

الترجيح: لا نريد أن نرجح هنا قولا على قول، وإنما نريد أن نناقش هذه الأدلة واعتمادهم عليها في اعتبار الكفاءة، ومن أعجبها استنادهم إلى فعل الرسول ﷺ وفعل الصحابة رضي الله عنهم، واعتبار ذلك إجماعا من غير ورود نص يحدد بدقة موضع الإجماع، فهل كان تزويج الرسول ﷺ لغير الهاشميين معتبرا فيه النسب؟

ومثله حديث اصطفاء بني هاشم فقد ورد في فضل نسب الرسول ﷺ ، ولا علاقة له بالكفاءة في النسب.

ومثله حديث فضل نساء قريش، فهو مع صحته قد فهم على غير مراده، لأن المراد منه التنبيه إلى الصفات المستحسنة في المرأة لا قصد نسب بعينه، بدليل قول أبي هريرة رضي الله عنه على إثر ذلك: (ولم تركب مريم بنت عمران) حتى ينفي بذلك دعوى التعلق بالنسب، فليس الشرف في النسب وإنما في الخلق.

ومثل ذلك الأحاديث الدالة على فضل العرب، فلا يقصد بها أي حكم شرعي، بل هي كمناقب الصحابة رضي الله عنهم، أو القرون الثلاثة التي خصت بالخيرية على سائر القرون، قال ابن تيمية: (وفى القرون المتأخرة من هو خير من كثير من القرن الثانى والثالث، ومع هذا فلم يخص النبى ﷺ القرن الثانى والثالث بحكم شرعى، كذلك لم يخص العرب بحكم شرعى، بل ولا خص بعض أصحابه بحكم دون سائر أمته، ولكن الصحابة لما كان لهم من الفضل أخبر بفضلهم، وكذلك السابقون الأولون لم يخصهم بحكم، ولكن أخبر بما لهم من الفضل لما اختصوا به من العمل، وذلك لا يتعلق بالنسب)[2] .

الكفاءة بين العجم فيما بينهم:

وقد اختلف في اعتبارها على قولين:

القول الأول[3] : عدم اعتبار كفاءة النسب في العجم فيما بينهم، فمن كان من الموالي له أبوان في الإسلام فهو كفؤ لمن له عشرة آباء، لأن النسبة تتم بالانتساب إلى الأب والجد، فمن

---

(1) البخاري: 3/ 1143، مسلم: 2/ 751، المستدرك: 3/ 274.

(2) كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه: 19/ 29.

(3) المبسوط: 5/ 23.

كان له أبوان مسلمان فله في الإسلام نسب صحيح، ومن أسلم بنفسه لا يكون كفؤا لمن له أب في الإسلام ومن أسلم أبوه لا يكون كفؤا لمن له أبوان في الإسلام لأن هذا يحتاج في النسبة إلى الأب الكافر، وهو مذهب الحنفية وقول للشافعية، للأدلة التالية:

1. أن مفاخرة العجم بالإسلام لا بالنسب، كما أشار إليه سلمان رضي الله عنه حين تفاخر جماعة من الصحابة رضي الله عنهم بذكر الأنساب فلما انتهى إلى سلمان رضي الله عنه قالوا: سلمان ابن من؟ فقال سلمان: ابن الإسلام فبلغ عمر رضي الله عنه فبكى، وقال: وعمر ابن الإسلام.

2. عن أبي بن كعب رضي الله عنه قال: انتسب رجلان على عهد رسول الله ﷺ فقال أحدهما: أنا فلان بن فلان فمن أنت لا أم لك؟ فقال رسول الله ﷺ: انتسب رجلان على عهد موسى تعالى فقال أحدهما: أنا فلان بن فلان حتى عد تسعة فمن أنت لا أم لك قال: أنا فلان بن فلان بن الإسلام قال فأوحى الله إلى موسى عليه السلام: إن هذين المنتسبين أما أنت أيها المنتمي أو المنتسب إلى تسعة في النار، فأنت عاشرهم، وأما أنت يا هذا المنتسب إلى اثنين في الجنة فأنت ثالثهما في الجنة)[1]، ووجه الاستدلال بالحديث على اعتبار الفخر لا يكون بالآباء الكفار،فلذلك الكفاءة تكون بإسلامهم.

3. أن العجم لا يعتنون بحفظ الأنساب ولا يدونونها بخلاف العرب.

القول الثاني: اعتبار النسب في العجم كالعرب قياسا عليهم،فالفرس أفضل من القبط، لما روي أنه ﷺ قال: (لو كان الدين عند الثريا لذهب به رجل من فارس)[2]، وبنو إسرائيل أفضل من القبط، ولا يكافئ من أسلم أو أسلم أحد أجداده الأقربين أقدم منه في الإسلام، فمن أسلم بنفسه ليس كفء من لها أب أو أكثر في الإسلام، ومن له أبوان في الإسلام ليس كفء من لها ثلاثة آباء فيه، وهو الأصح عند الشافعية.

الترجيح:

والقول هنا مثلما مر في الترجيح السابق، وهو أنه من العجب توجيه الأدلة لعكس ما قصدت له، فالرسول ﷺ في حديث أبي بن كعب لم يقصد إلا التحذير من التفاخر بالأنساب

(1) سنن البيهقي الكبرى: 8/199، مسند أحمد: 4/134، 5/128، مسند عبد بن حميد: 1/92.

(2) مسلم: 4/1972، أحمد: 2/308.

على عكس ما فهم من أن المراد هو عدم صحة تفاخر العجم، ومثله الأحاديث الواردة في مناقب الأمم كفارس وغيرها، فلم يقصد به الكفاءة في هذا الباب، وإنما يقصد به الإخبار النبوي بميزات هذه الأمم، وأدوارها الرسالية، ويدخل بذلك في باب النبوءات، ويقصد من باب الإشارة دعوة تلك الأمم إلى الإسلام بتبشيرها بالخير الذي وضع فيها.

الكفاءة في الحرفة:

وتتعلق بها المسائل التالية(1):

تعريف الحرفة(2):

لغة: المُحْتَرِفُ: الصانِعُ. وفلان حَرِيفي أي مُعامِلي، والمُحْرِفُ: الذي نَمَا مالُه وصَلَحَ، والاسم الحِرْفَةُ. وأَحْرَفَ الرجلُ إحرافاً فهو مُحْرِفٌ إذا نَمَا مَالُه وصَلَحَ.

و الحِرْفَةُ: الصِّناعةُ. وحِرفةُ الرجلِ: ضَيْعَتُه أَو صَنْعَتُه. وحَرَفَ لأَهْلِه واحْتَرَفَ: كسَب وطَلَب واحْتالَ(3).

اصطلاحا: وهي الاكتساب بالصناعة والتجارة، وعرفت بأنها الصناعة وحدها، قال في البحر الرائق: والظاهر أن الحرفة أعم من الصناعة، لأنها العلم الحاصل من التمرن على العمل(4).

وعرفت بأنها الصناعة وجهة الكسب(5).

حكم الكفاءة في الحرفة:

اختلف الفقهاء في اعتبار الكفاءة في الحرفة على قولين:

---

(1) إعانة الطالبين: 3/333، حاشية البجيرمي: 3/351، حواشي الشرواني: 7/278، روضة الطالبين: 7/82، جواهر العقود: 2/9، مغني المحتاج: 3/168، حاشية ابن عابدين: 7/234، شرح فتح القدير: 3/301.

(2) وقد يعبر عنها في المراجع الفقهية بالمصطلحات التالية: صنعة - كسب - عمل - مهنة، وهذه الألفاظ ترادف الحرفة بمعنى الطريقة التي يكتسب بها، وقد يكون الكسب والعمل والمهنة أعم من الحرفة إذ قد يكون كل منها حرفة وقد لا يكون، والحرفة أعم من الصنعة، إذ الصنعة تكون في العمل باليد في حين أن الحرفة قد تكون باليد وقد تكون بالعقل والتفكير.انظر: الموسوعة الفقهية:17/175، البحر الرائق: 3/143.

(3) لسان العرب: 9/44.

(4) البحر الرائق:3/143.

(5) المطلع: 354.

القول الأول: أن الحرفة معتبرة في الزواج، وهو قول جمهور الفقهاء من الشافعية(1) والحنابلة في رواية، وقول أبي يوسف، ومن أدلتهم على ذلك:

1. قوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ فَضَّلَ بَعْضَكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ فِي الرِّزْقِ ... ﴿٧١﴾﴾ (النحل)، أي في سببه فبعضهم يصل إليه ببذل ومشقة وبعضهم بدونهما.

2. رووا عن رسول الله ﷺ أنه قال: (الناس أكفاء إلا الحائك والحجام)(2).

3. مراعاة العرف: قيل لأحمد رحمه الله في حديث (العرب بعضهم لبعض أكفاء، إلا حائكا، أو حجاما) :وكيف تأخذ به وأنت تضعفه؟ قال: العمل عليه. يعني أنه ورد موافقا لأهل العرف)(3).

القول الثاني(4): أن ذلك غير معتبر أصلا، وهو مروي عن أبي حنيفة ورواية عن أحمد ابن حنبل، وقد حاول بعض الحنفية أن ينفوا هذا القول عن أبي حنيفة بحجة مراعاته للعرف، وليس إنكارا للكفاءة في الحرفة، قال الكاساني نقلا عن الكرخي: (أن أبا حنيفة بنى الأمر فيها على عادة العرب أن مواليهم يعملون هذه الأعمال لا يقصدون بها الحرف، فلا يعيرون بها، وأجاب أبو يوسف على عادة أهل البلاد أنهم يتخذون ذلك حرفة، فيعيرون بالدنيء من الصنائع، فلا يكون بينهم خلاف في الحقيقة).

(1) قاس بعض الشافعية على هذا حرفة الأم أيضا، قال الأذرعي: «قياسه النظر إلى حرفة الأم أيضا فإن ابن المغنية والزامرة والماشطة والحمامية ونحوهن ينبغي أن لا يكون كفؤا لمن أمها ليست كذلك لأنه نقص في العرف وعار. ومأخذ هذه الخصلة العرف والعادة»، أسنى المطالب :3/137.

(2) روي الحديث بطرق مختلفة وكلها ضعيفة أو موضوعة، قال في نصب الراية: «رواه أبو يعلى الموصلي في مسنده من حديث بقية بن الوليد عن زرعة بن عبد الله الزبيدي عن عمران بن أبي الفضل الأيلي عن نافع عن ابن عمر مرفوعا نحوه سواء قال ابن عبد البر هذا حديث منكر موضوع، وقد روى عن ابن جريج /عن ابن أبي مليكة عن ابن عمر مرفوعا مثله ولا يصح عن ابن جريج انتهى ورواه ابن حبان في كتاب الضعفاء وأعله بعمران بن أبي الفضل وقال إنه يروي الموضوعات عن الأثبات لا يحل كتب حديثه انتهى ورواه ابن عدي في الكامل وأعله بعمران وأسند تضعيفه عن النسائي وابن معين ووافقهما وقال الضعف على حديثه بين انتهى وقال ابن القطان قال أبو حاتم هو منكر الحديث ضعيفه جدا» نصب الراية :3/398، وانظر :فيض القدير :4/398، العلل المتناهية :2/618، الدراية تخريج أحاديث الهداية :8/63.

(3) المغني :7/29.

(4) الجوهرة النيرة :2/12.

ولذلك ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي اعتبار الكفاءة في الحرفة ولم يذكر لخلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف في ذلك[1]. ومن الأدلة على ذلك:

أن الحرفة ليست بشيء لازم، فالمرء تارة يحترف بحرفة نفيسة، وتارة بحرفة خسيسة خلاف صفة النسب لأنه لازم له، وذل الفقر كذلك فإنه لا يفارقه.

أن الحديث المروي في ذلك قال عنه أبو حنيفة: (الحديث شاذ لا يؤخذ به فيما تعم به بلوى)[2].

متى تعتبر الكفاءة في الحرفة:

ذهب الفقهاء القائلون بالكفاءة في الحرفة إلى اعتبارها حين العقد، فإن كان مارس بله حرفة دنيئة قبل ذلك، فإن ذلك لا يؤثر في كفاءته بشرط أن تمضي سنة عند بعضهم إن ل عنه اسمها ولم ينسب إليها أصلا، وإلا فلا بد من مضي زمن يقطع نسبتها عنه بحيث لا بير بها[3].

فيم تثبت الكفاءة في الحرف:

تثبت الكفاءة بين الحرفتين - عند القائلين بها - في جنس واحد كالبزاز مع البزاز، والحائك ع الحائك، وتثبت - كذلك - عند اختلاف جنس الحرف إذا كان يقارب بعضها بعضا كالبزاز ع الصائغ، والصائغ مع العطار، والحائك مع الحجام، والحجام مع الدباغ، ولا تثبت فيما لا ارية بينهما كالعطار مع البيطار، والبزاز مع الخراز[4].

تصنيف الصناعات بحسب شرفها ودناءتها:

اعتبر الفقهاء في تحديد ذلك العرف، وهو ما أول به الحنفية ظاهر قول أبي حنيفة، قال ، فتح القدير: (قيل: هذا اختلاف عصر وزمان في زمن أبي حنيفة لا تعد الدناءة في الحرفة قصة فلا تعتبر، وفي زمنهما تعد فتعتبر، والحق اعتبار ذلك سواء كان هو المبني أولا، فإن جب هو استنقاص أهل العرف فيدور معه، وعلى هذا ينبغي أن يكون الحائك كفئا للعطار

---

[1]) بدائع الصنائع: 2/320.

[2]) المبسوط: 5/25.

[3]) نهاية المحتاج: 6/256.

[4]) بدائع الصنائع: 2/320.

بالإسكندرية لما هناك من حسن اعتبارها وعدم عدها نقصا ألبتة، اللهم إلا أن يقترن به خساسة غيرها)[1] .

وقال الشافعية : (في الحرف لا يكافئ الكناس والحجام وقيم الحمام والحارس والراعي ونحوهم بنت الخياط والخياط لا يكافئ بنت البزاز والتاجر ولا يكافئ المحترف بنت القاضي والعالم)[2] وقال الروياني : ويراعى فيها عادة البلد فإن الزراعة في بعض البلاد أولى من التجارة وفي بعضها بالعكس[3] .

ومن تلك الأعراف التي كان يفتى على أساسها ما ذكره في البحر الرائق بقوله : (وينبغي أن يكون صاحب الوظائف في الأوقاف كفئًا لبنت التاجر في مصر إلا أن تكون وظيفة دنيئة عرفا كسواق وفراش ووقاد وبواب وتكون الوظائف من الحرف؛ لأنها صارت طريقا للاكتساب في مصر كالصنائع، وينبغي أن من له وظيفة تدريس أو نظر يكون كفئًا لبنت الأمير بمصر وفي القنية الحائك لا يكون كفئًا لبنت الدهقان وإن كان معسرا، وقيل هو كفء)[4] وهذه أمثلة لبعض ما ذكروا من تصنيف الصناعات :

الصنائع الدنيئة :

وعرفوها بأنها (ما دلت ملابسته على انحطاط المروءة)، ومثلوا لها بالحائك، والحجام، والحارس، والكساح، والدباغ، والقيم، والحمامي، والزبال، كما قال بعضهم :

ألا إنما التقوى هي العز والكرم	**وحبك للدنيا هو الذل والسقم**
وليس على عبد تقي نقيصة	**إذا حقق التقوى وإن حاك أو حجم**

ومن الصناعات الدنية التي استبشعها الفقهاء، ما يطلقون عليه بالشاكري، يقول في البحر الرائق : (وهنا جنس أخس من الكل، وهو الذي يخدم الظلمة يدعى شاكريا وتابعا وإن كان صاحب مروءة ومال فظلمه خساسة، ولا يكون كفئًا لأحد إلا لأمثالهم وهم الذين يتبعون هؤلاء المترفين)[5] .

---

(1) فتح القدير :3/ 301 .

(2) أسنى المطالب :3/ 137 .

(3) شرح البهجة :4/ 125 .

(4) البحر الرائق : 3/ 142 .

(5) البحر الرائق :3/ 143 .

الصناعات الشريفة:

علل الفقهاء القائلون بالكفاءة في الحرفة علو الحرفة وشرفها تارة بالنظافة، وتارة بطيب الرائحة، وتارة بزيادة الكسب كالتجارة، واعتبروا أطيب الكسب ما أكل من الجهاد، وأدناه ما أكل من الصدقات[1]. لكن الغزالي خالف ذلك بأن الأكل من الصدقات لمن يشغله التكسب عن الاشتغال بالعلم الشرعي أفضل.

الترجيح:

نرى أن الأرجح عدم اعتبار الكفاءة في الحرفة، للاعتبارات التالية:

الاعتبار الأول: النصوص الدالة على عدم اعتبار الحرفة فارقا بين المسلمين، وأن أساس الفضل بين المؤمنين هو التقوى، وقد مر ذكر بعضها عند بيان خصلة الكفاءة في النسب.

الاعتبار الثاني: النصوص الدالة على فضل التكسب والاحتراف، من دون تفريق بين حرفة وحرفة، ومن تلك النصوص قوله تعالى: ﴿ **وَجَعَلْنَا النَّهَارَ مَعَاشًا** ﴿١١﴾ ﴾ (النبأ) فقد ذكر تعالى ذلك في معرض الامتنان على عباده، وقال تعالى: ﴿ **وَلَقَدْ مَكَّنَّاكُمْ فِي الأَرْضِ وَجَعَلْنَا لَكُمْ فِيهَا مَعَايِشَ قَلِيلاً مَّا تَشْكُرُونَ** ﴿١٠﴾ ﴾ (الأعراف) فجعلها نعمة وطلب الشكر عليها، وقال تعالى: ﴿ **لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُوا فَضْلاً مِّن رَّبِّكُمْ ...** ﴿١٩٨﴾ ﴾ (البقرة)، وقال تعالى: ﴿ **... وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ اللَّهِ ...** ﴿٢٠﴾ ﴾ (المزمل)، وقال تعالى: ﴿ **... فَانتَشِرُوا فِي الأَرْضِ وَابْتَغُوا مِن فَضْلِ اللَّهِ ...** ﴿١٠﴾ ﴾ (الجمعة).

أما السنة، فقد وردت بها النصوص الكثيرة، ومنها:

1. قوله ﷺ: (والذي نفسي بيده لأن يأخذ أحدكم حبله فيحتطب على ظهره خير له من أن يأتي رجلا فيسأله أعطاه أو منعه)[2].

2. عن أنس رضي الله عنه قال: آخى رسول الله ﷺ بين قريش والأنصار، فآخى بين سعد بن الربيع وعبد الرحمن بن عوف فقال له سعد: إن لي مالا فهو بيني وبينك شطران، ولي امرأتان فانظر أيهما أحب إليك فأنا أطلقها، فإذا حلت فتزوجها قال: بارك الله لك في أهلك ومالك دلوني على السوق، فلم يرجع حتى رجع بسمن وأقط قد أفضله، قال: ورأى

1) أسنى المطالب: 3/ 137.

2) البخاري: 2/ 535، النسائي: 2/ 51، الموطأ: 2/ 998، أحمد: 2/ 418.

رسول الله ﷺ علي أثر صفرة فقال: مهيم. فقلت: تزوجت امرأة من الأنصار فقال: أولم ولو بشاة[1].

3. عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ قالت: قال رسول الله ﷺ: (إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه وإن ولد الرجل من كسبه)[2].

4. عن أنس بن مالك رضي الله عنه أن رجلا من الأنصار أتى النبي ﷺ يسأله، فقال: أما في بيتك شيء؟ قال: بلى حلس نلبس بعضه ونبسط بعضه وقعب نشرب فيه من الماء قال: ائتني بهما قال: فأتاه بهما فأخذهما رسول الله ﷺ بيده وقال: من يشتري هذين قال رجل: أنا آخذهما بدرهم قال: من يزيد على درهم مرتين أو ثلاثا قال رجل: أنا آخذهما بدرهمين فأعطاهما إياه وأخذ الدرهمين، وأعطاهما الأنصاري وقال: اشتر بأحدهما طعاما فانبذه إلى أهلك واشتر بالآخر قدوما فأتني به فأتاه به فشد فيه رسول الله ﷺ عودا بيده، ثم قال له: اذهب فاحتطب وبع ولا أرينك خمسة عشر يوما، فذهب الرجل يحتطب ويبيع فجاء وقد أصاب عشرة دراهم فاشترى ببعضها ثوبا وببعضها طعاما فقال رسول الله ﷺ: هذا خير لك من أن تجيء المسألة نكتة في وجهك يوم القيامة، إن المسألة لا تصلح إلا لثلاثة لذي فقر مدقع أو لذي غرم مفظع أو لذي دم موجع[3].

الاعتبار الثالث: أن في القول بالكفاءة في الحرفة تجسيدا للطبقية في المجتمع، فينظر إلى الناس باعتبارات غير شرعية، بل جاء الشرع بمحاربتها والنهي عنها، وسنذكر هنا بعض الأمثلة عن آراء الفقهاء القائلين بالكفاءة في الحرفة وفتاواهم، ولنتأمل أثر مثل هذه الفتاوى وخطورتها النفسية والاجتماعية، ونقارن ذلك بما دعا إليه الإسلام بالنصوص القطعية واعتبره أصلا من أصوله، وقد تحرجت كثيرا من نقل مثل هذه الفتاوى، ولولا ضرورة التوثيق ما وثقتها:

سئل بعضهم عن تاجر قمح يقرأ بعض القرآن زوج ابنته لرجل شلبي طحان، فهل الزوج كفء لها وهل العقد صحيح أو لا؟ فأجاب بهذه الصراحة: (أنه ليس الزوج كفء

(1) البخاري: 2/722، الترمذي: 4/328، البيهقي: 7/236، النسائي: 3/336، أحمد: 3/190.

(2) أبو داود: 3/288، مجتبى النسائي: 7/240، ابن ماجة: 2/723، ابن حبان: 10/74، المستدرك: 2/53، البيهقي: 7/480.

(3) قال المنذري: رواه أبو داود والبيهقي بطوله واللفظ لأبي داود وأخرج الترمذي والنسائي منه قصة بيع القدح فقط وقال الترمذي حديث حسن، الترغيب والترهيب: 1/335، سنن البيهقي الكبرى: 7/25.

الزوجة ونكاحها باطل)[1]، وليس ذلك لأجل القرآن، لأن القرآن ليس حرفة، وإنما لأجل التجارة.

وفي فتوى أخرى سئل عن أخوين أحدهما حائك وتاجر والآخر حائك فقط زوج الأول ابنته بولاية الإجبار لابن الثاني فهل هو كفء لها أو لا؟

فأجاب بأنه لا يكافئ بنت عمه المذكورة لأن المكافأة المساواة وهي معتبرة في الزوجين وآبائهما وشرف التجارة عرفا المتصف به والدها غير موجود في والده وظاهر أن ابن الحائك ليس كفئًا لبنت التاجر)[2]، فالأخوان لا يكافئ بعضهما بعضا لأجل التجارة.

وفي فتوى أخرى أجاب: (بأنه ليس بكفء لها لأنه ابن حائك وأبوها تاجر)[3].

وفي فتوى أخرى سئل عما إذا تزوج عالم ببنت عالم ولم يكن أبو الزوج عالما يصح النكاح أم لا؟ فأجاب بأنه إن زوجها وليها به بإذنها فيه ولو بسكوت البكر صح نكاحها، وإلا فلا يصح لعدم الكفاءة)[4].

وفي فتوى أخرى ينقلها ابن حجر الهيثمي بقوله: (وقع في الدرس السؤال عما لو جاءت امرأة مجهولة النسب إلى الحاكم وطلبت منه أن يزوجها من ذي الحرفة الدنيئة ونحوها، فهل يجيبها أم لا؟ والجواب عنه: أن الظاهر الثاني للاحتياط لأمر النكاح، فلعلها تنسب إلى ذي حرفة شريفة، وبفرض ذلك فتزويجها من ذي الحرفة الدنيئة باطل، والنكاح يحتاط له)[5].

وقد عبر السبكي عن علة هذه الفتاوى بقوله عندما سئل عمن يأكل من كسب يده، هل هو أشرف ممن يأكل من الصدقة، وهل أحدهما كفء للآخر؟ فأجاب بقوله: (الذي يظهر أنه يعتبر في ذلك عرف أهل بلد الزوجة المطردة إذ الأفضلية في ذلك أمر شرعي، والفقهاء في هذا الباب ينظرون للعرف أكثر من نظرهم للفضائل الشرعية)[6].

---

(1) فتاوى الرملي: 3/ 159.

(2) فتاوى الرملي: 3/ 170.

(3) فتاوى الرملي: 3/ 171.

(4) فتاوى الرملي: 3/ 176.

(5) تحفة المحتاج: 7/ 278.

(6) الفتاوى الفقهية الكبرى: 4/ 94.

ولم يكتف هؤلاء بحرفته فقط بل عمموا ذلك إلى حرفة آبائه فلا تزال تنزل عليه لعناتها، فلذلك قالوا: (حرفة فيه أو في أحد من آبائه وهي ما يتحرف به لطلب الرزق من الصنائع وغيرها)[1] .

الكفاءة في المال:

ويتعلق بهذه الخصلة المسائل التالية[2] :

حكم الكفاءة في المال:

اختلف الفقهاء في اعتبار الكفاءة في المال على قولين:

القول الأول: أن الغنى معتبر في النكاح في حق الزوج، فلا يكون الفقير كفئا للغنية، وهو مذهب الحنفية، وقول عند الشافعية ورواية عند الحنابلة ذكرها ابن قدامة[3] ، في حين أن أكثر كتب الحنابلة لم يرووا غيرها في المذهب.

واختلف قول المالكية في ذلك بحسب تعدد الرواية عن مالك، فقد أتته امرأة مطلقة فقالت: إن لي ابنة في حجري موسرة مرغوبا فيها فأراد أبوها أن يزوجها من ابن أخ له فقير وفي الأمهات معدما لا مال له فترى لي في ذلك متكلما، قال: نعم إني لأرى لك متكلما، فقد اختلف في قوله (إني لأرى لك متكلما) فذكر عياض أن ذلك محمول على الإيجاب لا على النفي، ولا يصح الكلام إلا به، لأنها سألت أن لها تكلما قال نعم، ثم أعاد عليها أنه رأى لها متكلما، وذهب آخرون إلى إرادة النفي أي (إني لا أرى لك متكلما)[4] ، ونرى أن كلتا الروايتين لا يمكن الاستدلال بها على اعتبار مالك للكفاءة في المال، فباعتبار النفي لا شك في دلالتها على ذلك، أما باعتبار الإيجاب، فلأن المرأة كانت مطلقة، وكانت ابنتها في حضانتها، فلعل الزوج قصد مضارتها بذلك، فلذلك جعل لها الحق في الاعتراض.

ومن أدلتهم على ذلك:

---

(1) تحفة المحتاج:7/281.

(2) المبدع: 7/54، الفروع: 5/143، الإنصاف: 8/109، المغني: 7/29، المهذب: 2/39، فتح الوهاب: 2/67، مغني المحتاج: 3/232، الهداية شرح البداية: 1/201، تبيين الحقائق:2/130، حاشية الجمل:4/168.

(3) المغني: 7/29.

(4) الخرشي: 3/206.

1. قال النبي ﷺ: (الحسب المال والكرم التقوى) [1].

2. قال ﷺ لفاطمة بنت قيس حين أخبرته أن معاوية خطبها: (أما معاوية فصعلوك لا مال له) [2].

3. أن التفاخر بالمال أكثر من التفاخر بغيره عادة.

4. أن للزواج تعلقا لازما بالمهر والنفقة.

5. أن على الموسرة ضررا في إعسار زوجها، ولهذا ملكت الفسخ بإخلاله بالنفقة.

6. أن المهر عوض ما يملك بهذا العقد، فلا بد من القدرة عليه، وقيام الازدواج بالنفقة، فلا بد من القدرة عليها؛ ولأن من لا قدرة له على المهر، والنفقة يستحقر، ويستهان في العادة كمن له نسب دنيء، فتختل به المصالح كما تختل عند دناءة النسب [3].

7. العرف: لأن ذلك معدود نقصا في عرف الناس، وأنشد ابن قدامة في اعتبار العرف لبعضهم:

سألتاني الطلاق أن رأتاني	قل مالي قد جئتماني بنكر
ويكأن من له نشب محبب	ومن يفتقر يعش عيش ضر [4]

القول الثاني [5]: هو عدم اعتبار الغنى في الكفاءة، وهو قول للمالكية، وقول أكثر الشافعية ورواية عن الحنابلة، قال الشيخ تقي الدين: (لم أجد نصا عن الإمام أحمد رحمه الله ببطلان النكاح لفقر أو رق) [6]، وقد سئل ابن حجر الهيثمي عن أهل بلد يفتخرون بالأموال لا

(1) قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط البخاري ولم يخرجاه، المستدرك :2/177 قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه من حديث سلام بن أبي مطيع،سنن الترمذي: 5/390، وانظر: مجمع الزوائد :10/251، سنن البيهقي الكبرى :7/135، المجتبى :6/64، ابن ماجة :2/1410.

(2) مسلم: 2/1114، صحيح ابن حبان :9/356، المستدرك: 4/61.

(3) بدائع لصنائع :2/319.

(4) المغني :7/29.

(5) المغني :7/29، أسنى المطالب :3/39.

(6) الإنصاف :8/108.

بالأنساب فهل يكون الفقير فيهم كفئًا للغنية منهم أم لا؟ فأجاب بقوله: نعم يكون فقيرهم كفئًا لموسرهم[1].

ومن أدلتهم على ذلك:

1. أن الفقر شرف في الدين، وقد قال النبي ﷺ: (اللهم أحيني مسكينا، وأمتني مسكينا)[2].

2. أنه ليس أمرا لازما، فأشبه العافية من المرض.

3. أنه لا يفتخر به أهل المروءات والبصائر.

الترجيح:

نرى أن الأرجح بناء على ما سبق ذكره عدم اعتبار الكفاءة في الفقر والغنى، أما ما أشار به ﷺ على فاطمة بنت قيس، فيرجع إلى علمه ﷺ بحاجة فاطمة، فأخبرها بما يتناسب مع حالها، ولم يرد ﷺ بذلك أن يقرر حكما شرعيا.

أما الحديث الآخر الذي اعتبر الحسب المال، فقد علق عليه المناوي بقوله: (أشار بالخبر إلى أن الحسب الذي يفتخر به أبناء الدنيا اليوم المال، فقصد ذمهم بذلك حيث أعرضوا عن الأحساب الخفية ومكارم الأخلاق الدينية، ألا ترى أنه أعقبه بقوله: والكرم التقوى والتقوى تشمل المكارم الدينية والشيم المرضية التي فيها شرف الدارين)[3].

وقد دل على ذلك الرواية الأخرى وهي المفسرة للرواية السابقة، وهي: (إن أحساب أهل الدنيا الذي يذهبون إليه هذا المال)[4]، قال في فيض القدير: (سماهم أهل الدنيا لشغفهم بها وطمأنينتهم إليها كما يشغف الرجل بأهله ويأنس إليهم فصاروا أهلا لها وهي لهم أهل وصارت أموالهم أحسابا لهم يفتخرون بها ويحتسبون بكثرتها عوضا عن افتخاره وعن الأحساب

---

(1) الفتاوى الفقهية الكبرى:4/99.

(2) قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، المستدرك: 4/358، قال الترمذي: هذا حديث غريب: الترمذي: 4/577، سنن البيهقي الكبرى: 7/12، سنن ابن ماجة:2/1381.

(3) فيض القدير: 3/413.

(4) قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، المستدرك:2/177، صحيح ابن حبان: 2/474، المجتبى:6/64، أحمد:5/353.

بأحسابهم وأعرضوا عن الافتخار بنسب المتقين)[1] .

أما سائر ما استدلوا به من أدلة، فإنه لا ينتهض للاستدلال به على مثل هذا الحكم الشرعي، وسنرى المزيد من التفاصيل عن هذا في الفصول المرتبطة بالحقوق المالية للزوجة.

الغنى المعتبر في الكفاءة:

اختلف الفقهاء القائلون باعتبار الكفاءة في الغنى على حد الغنى على قولين:

القول الأول: أن الغنى المعتبر في الكفاءة هو القدرة على مهر مثلها، والقدرة على النفقة، ولا تعتبر الزيادة على ذلك، حتى إن الزوج إذا كان قادرا على مهر مثلها ونفقتها يكون كفئا لها، وإن كان لا يساويها في المال، ومن لا يملك مهرا ولا نفقة فلا يكون كفئا للغنية، وهو مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد في ظاهر الروايات، وهو موافق لما ذكره القائلون باعتبار الغنى في الكفاءة من المالكية والحنابلة.

ورويت عن الحنفية حدود أخرى مؤيدة لهذا منها: أنه إذا كان قادرا على النفقة عن طريق الكسب كان كفئا، ومعناه منقول عن أبي يوسف قال: إذا كان قادرا على إيفاء ما يعجل لها باليد ويكتسب ما ينفق لها يوما بيوم كان كفئا لها. وفي غريب الرواية للسيد أبي شجاع جعل الأصح ملك نفقة شهر. وفي الذخيرة: إن كان يجد نفقتها ولا يجد نفقة نفسه فهو كفء وإلا لا يكون كفئا وإن كانت فقيرة[2] .

القول الثاني: أن تساوي الزوج والزوجة في الغنى شرط تحقق الكفاءة؛ لأن التفاخر يقع في الغنى عادة، وهو مذهب أبي حنيفة ومحمد في غير رواية الأصول.

وذكر السرخسي أن هذا قول بعض المتأخرين الذين اعتبروا الكفاءة في كثرة المال، واستدلوا بحديث عائشة رضي الله عنها: رأيت ذا المال مهيبا، ورأيت ذا الفقر مهينا. وقالت: إن أحساب ذوي الدنيا المال، ولكنه رد عليهم بأن الأصح عدم اعتبار ذلك، (لأن كثرة المال في الأصل مذموم، قال ﷺ : (هلك المكثرون إلا من قال بماله: هكذا وهكذا)[3] يعني تصدق به)[4] .

---

(1) فيض القدير: 2/416.

(2) فتح القدير:3/300.

(3) قال في مجمع الزوائد: رواه الطبراني في الكبير وفيه عمران بن سليمان قال فيه الأزدي يعرف وينكر، مجمع الزوائد:1/50، وانظر: أحمد: 2/309، مسند إسحق بن راهويه: 1/291.

(4) المبسوط:5/25.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو أن يحال تقدير ذلك للزوجة، لأنها هي المنتفعة بغناه والمتضررة بفقره، فيحال عليها، وقد قال ﷺ مبينا هذا الحق: (تقول لك زوجك: أنفق علي وإلا طلقني. ويقول لك عبدك: أنفق علي وإلا بعني. ويقول لك ابنك: أنفق علي، إلى من تكلني)[1].

وجاءت فتاة إلى رسول الله ﷺ فقالت: إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع بي خسيسته، قال: فجعل الأمر إليها، فقالت: قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن أعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء)[2].

ويتعلق بهذه المسألة حالة كثيرا ما نراها في مجتمعاتنا، وهو الاحتيال على زواج امرأة معينة بادعاء الغنى، ولا شك في أن من فعل ذلك يعامل بخلاف مقصوده،قال ابن مفلح: (والذي تقتضيه أصول الشريعة وقواعدها أن الرجل إذا غر المرأة بأنه ذو مال، فتزوجت على ذلك، فظهر لا شيء له، أو كان ذا مال وترك النفقة عليها، ولم تقدر على أخذ كفايتها من ماله بنفسها أو بحاكم، أن لها الفسخ، وإن تزوجته عالمة بعسرته أو كان موسرا ثم افتقر فلا فسخ لها، ولم يزل الناس تصيبهم الفاقة بعد اليسار، ولم يرفعهم أزواجهم إلى الحكام ليفرقوا بينهم)[3].

الكفاءة في السلامة من العيوب:

اختلف الفقهاء في اشتراط السلامة من العيوب على قولين:

القول الأول: عدم اشتراط ذلك، وهو قول الظاهرية، قال ابن حزم: (يجوز نكاح الخصي، والعقيم، والعاقر، لأنه لم يأت نص بنهي عن شيء من ذلك)[4]، وعن ابن مسعود رضي الله عنه قال: لا ينفسخ النكاح بعيب.

---

(1) المنتقى لابن الجارود: 1/188، سنن البيهقي الكبرى:7/466، مسند الشافعي:1/266، سنن النسائي الكبرى:5/384.

(2) سبق تخريجه.

(3) الفروع:5/588.

(4) المحلى:9/147.

القول الثاني: اشتراط ذلك، وهو قول الجمهور، وسنعرض أدلتهم في محلها من الجزء الخاص بحل العصمة الزوجية بيد القاضي.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو اعتبار رغبة المرأة ومدى قدرتها على الزواج بمن به عيوب قد تحول بينها وبين الحياة الطبيعية مع زوجها، ولذلك، فإنه لا اعتبار للكفاءة في هذا الباب إلا إذا كان هناك تدليس، فتخير بعده الزوجة بين الفراق والبقاء.

والأفضل في مثل هذا النوع من الزواج أن لا تتم الموافقة إلا بعد بحث وروية ونظر، لأن البيوت لا تؤسس على العواطف وحدها، ولا تكون الزوجة دائما في حالة قوة نفسية وإيمانية تمكنها من الصبر، فلذلك يستحسن تدخل الأولياء في مثل هذه الأمور كمستشارين لا كمجبرين.

وللمسألة تفاصيل كثيرة نتناولها في محلها من الجزء الخاص بحل العصمة الزوجية بيد القاضي.

الفحص قبل الزواج:

وهو من المسائل المعاصرة التي سببها التطور العلمي في المجال الطبي، فقد أصبح بإمكان الوسائل الحديثة التنبؤ عن أنواع كثيرة من الأمراض الوراثية، وبالتالي وقاية الأجيال الجديدة منها، فهل يمكن اعتبار هذا نوعا من أنواع السلامة التي تشترط في الكفاءة، أم لا؟ خاصة وأن هذا الأمر قد لا يتعلق بحق الزوجة وحدها، بل له علاقة كذلك بحقوق أولادهم.

قبل الإجابة على هذا السؤال نحب أن ندخل الأمر من بابه العملي، ولذلك سنذكر أقوال المختصين، ثم نعقبه بما نراه من رأي.

الغاية من الفحص قبل الزواج:

يهدف الفحص قبل الزواج إلى غايتين مهمتين، هما:

1 ـ حفظ سلامة الزوجين:

وذلك في الأمراض المعدية بصفة خاصة، ولا بأس من أن نسوق هنا هذه القصة الواقعية، كدليل على دور الفحص قبل الزواج في الوقاية من هذا النوع من أنواع الأمراض.

وهي أن شابا عربيا طموحا تخرج من الثانوية العامة وحصل على بعثة للولايات المتحدة الأمريكية لدراسة التخصص الذي يرغب فيه، وقد قضى ذلك الشاب خمس سنوات في الدراسة هناك، بعد أن حصل على البكالوريس رجع إلى بلده وحصل على وظيفة جيدة في مجال تخصصه.

وبعدها قرر ان يتزوج وقد حصل له ما أراد فقد توفق بفتاة ووجد فيها المواصفات من الجمال والخلق التي يريدها، بعد مضي عدة سنوات ظهر في جسم زوجته أورام في الغدد الليمفاوية، وعند عمل التحاليل والعينات تبين أنها مصابة بسرطان الغدد الليمفاوية (NHL) ومن ضمن التحاليل عمل لها فحص لفيروس نقص المناعة المكتسبة فيروس المسبب للإيدز (HJV) وتبين أنها مصابة بمرض الإيدز وأن سرطان الغدد الليمفاوية هو مصاحب لمرض الإيدز (الأورام السرطانية الليمفاوية قد تكون إحدى مضاعفات مرض الإيدز).

وتم إخبار الزوج بذلك، فصعق كما صعقت زوجته وأتاه حالة من الهستيريا وذهب لزوجته يبكي، ويخبرها أنه السبب في ذلك.

ثم تم فحص الزوج وتبين أنه مصاب بفيروس نقص المناعة المكتسبة أيضاً، وقد تبين أنه خلال سفره للولايات المتحدة مارس علاقات جنسية محرمة مع عدة نساء لكن لم يكن يعلم بتاتاً أنه مصاب بهذا الفيروس.

وزيادة في المأساة لهذه القصة فقد انتقل فيروس نقص المناعة المكتسبة إلى طفلتهم الوحيدة وكانت كارثة لجميع أفراد العائلة.

2ـ حفظ سلامة الذرية:

تشير العديد من الدراسات إلى انتشار الأمراض الوراثية في بعض الدول العربية، بحيث أصبحت تشكل مشكلة صحية خطيرة، وإرهاقاً للموارد المخصصة للقطاع الصحي، بالإضافة إلى أنها مشكلة اجتماعية كبيرة، فضلا عن معاناة المصابين بهذه الأمراض.

فيتوقع إحصائيا أن يصاب طفل واحد من كل 25 طفل بمرض وراثي ناتج عن خلل في الجينات أو بمرض له عوامل وراثية خلال الخمس وعشرين سنة من عمره. و يتوقع أن يصاب طفل واحد لكل 33 حالة ولادة لطفل حي بعيب خلقي شديد. كما يصاب نفس العدد بمشكلات تأخر في المهارات وتأخر عقلي. وتسعة من هؤلاء المصابين بهذه الأمراض يتوفون

مبكرا أو يحتاجون إلي البقاء في المستشفيات لمده طويلة أو بشكل متكرر ولها تبعات مالية واجتماعيه ونفسية. وهذه الأعداد لها تبعات عظيمة ومعقدة على الأسرة وبقية المجتمع.

والمشكلة تنتشر بشكل كبير فى بلدان الخليج العربى والشمال الأفريقى. فأحدث الإحصائيات الصادرة عن منظمة الصحة العالمية تؤكد أن عدد المعاقين فى مصر فى تزايد مستمر وانهم يمثلون حوالى 13٪ من اجمالى عدد السكان منهم حوالى 73٪ من اصحاب الإعاقة الذهنية.

من هنا طرحت بشدة فكرة اللجوء إلى إصدار قانون يشترط على المقبلين على الزواج إجراء كشف طبى إجبارى للتأكد من خلو الزوجين من أى أسباب صحية تعرض أطفالهما للتشوهات.. وهو القانون الذى فرضت مثله كل من السعودية والأردن ومن المنتظر تعميم التجربة فى انحاء الوطن العربى.

وعليه يمكن لأي مجتمع الوقاية من الأمراض الوراثية كما هو الحال في معظم الأمراض الأخرى.

وتنتشر الأمراض الوراثية نتيجة لثلاثة عوامل وهى: زواج الأقارب ووجود أمراض الدم الوراثية وتقدم عمر أحد الوالدين، وقد يكون أحد الوالدين مصابا بأحد هذه الأمراض وبالتالي يمكن أن ينقله إلى بعض الأبناء. بينما في أحيان أخرى يكون كلا الوالدين في صحة جيدة، ولكن يحملان عوامل وراثية (چينات) غير سوية. عند انتقال عاملين وراثيين (چينين) غير سويين من كلا الوالدين إلى أطفالهما، فمن المحتمل أن يصاب هؤلاء الأطفال بمرض وراثي. وفي بعض الحالات يمكن أن تقتصر الإصابة بالمرض الوراثي على الذكور فقط على الرغم من عدم إصابة الوالدين بالمرض، وذلك لأن الأم حاملة لأحد العوامل الوراثية (الجينات) غير السوية دون أن يظهر عليها المرض. وهنا يجب توخي الحذر في تناول الموضوع بسهولة أو إهمال فذلك لن يترك أثره إلا على الأطفال. ومن هذا المنظور، فإن التوعية الصحية بهذا الشأن لا بد أن تتحول إلى إلزام أي رجل وفتاة يعزمان على الزواج.

أهمية الفحص قبل الزواج:

تكمن فائدة الفحص قبل الزواج فى عدة نقاط:

1. أن المقدمين على الزواج يكونون على علم بالأمراض الوراثية المحتملة للذرية إن وجدت فتتسع الخيارات في عدم الإنجاب أو عدم إتمام الزواج.

2. تقديم النصح للمقبلين على الزواج إذا ما تبين وجود ما يستدعي ذلك بعد استقصاء التاريخ المرضي والفحص السريري واختلاف زمر الدم.

3. أن مرض (التلاسيميا) هو المرض الذي ينتشر بشكل واسع وواضح في حوض البحر المتوسط وهو المرض الذي توجد وسائل للوقاية من حدوثه قبل الزواج.

4. المحافظة على سلامة الزوجين من الأمراض، فقد يكون أحدهما مصاباً بمرض يعد معدياً فينقل العدوى إلى زوجه السليم.

5. إن عقد الزواج عقد عظيم يبنى على أساس الدوام والاستمرار، فإذا تبين بعد الزواج أن أحد الزوجين مصاب بمرض فإن هذا قد يكون سبباً في إنهاء الحياة الزوجية لعدم قبول الطرف الآخر به.

6. بالفحص الطبي يتأكد كل واحد من الزوجين الخاطبين من مقدرة الطرف الآخر على الإنجاب وعدم وجود العقم، ويتبن مدى مقدرة الزوج على المعاشرة الزوجية.

- بالفحص الطبي يتم الحد من انتشار الأمراض المعدية والتقليل من ولادة أطفال مشوهين أو معاقين والذين يسببون متاعب لأسرهم ومجتمعاتهم.

أنواع الأمراض الوراثية:

قد أحصى هذا البحث أهم الأمراض التي يمكن أن تتطلب الفحص قبل الزواج، ومنها:

1. أمراض الدم الوراثية مثال فقر الدم المنجلي وفقر دم البحر المتوسط وأنيميا الفول.

2. أمراض الجهاز العصبي كمرض ضمور العضلات الجذعي وأمراض ضمور العضلات باختلاف أنواعها وضمور المخ والمخيخ.

3. أمراض التمثيل الغذائي المعروفة بالأمراض الاستقلابية التي تنتج بسبب نقص أنزيمات معينة.

4. أمراض الغدد الصماء خاصة أمراض الغدة الكظرية والغدة الدرقية. و معظم هذه الأمراض تنتقل بالوراثة المتنحية والتي يلعب زواج الأقارب فيها دورا كبيرا في زيادة أعدادها.

5. الأمراض المعدية.

السلبيات المتوقعة من الفحص:

أما السلبيات المتوقعة من الفحص فتكمن في:

1. إيهام الناس أن إجراء الفحص سيقيهم من الأمراض الوراثية، وهذا غير صحيح؛ لأن الفحص لا يبحث في الغالب سوى عن مرضين أو ثلاثة منتشرة في مجتمع معين.

2. إيهام الناس أن زواج الأقارب هو السبب المباشر لهذه الأمراض المنتشرة في مجتمعاتنا، وهو غير صحيح إطلاقاً.

3. قد يحدث تسريب لنتائج الفحص ويتضرر أصحابها، لا سيما المرأة فقد يعزف عنها الخطاب إذا علموا أن زواجها لم يتم بغض النظر عن نوع المرض وينشأ عن ذلك المشاكل.

4. يجعل هذا الفحص حياة بعض الناس قلقة مكتئبة ويائسة إذا ما تم إعلام الشخص بأنه سيصاب هو أو ذريته بمرض عضال لا شفاء له من الناحية الطبية.

5. التكلفة المادية التي يتعذر على البعض الالتزام بها وفي حال إلزام الحكومات بجعل الفحوص شرطاً للزواج ستزداد المشاكل حدة، وإخراج شهادات صحية من المستشفيات الحكومية وغيرها أمر غاية في السهولة، فيصبح مجرد روتين يعطى مقابل مبلغ من المال.

6. من الناحية التقنية قد يكون هذا الفحص مقتصرا على عدد قليل من الأمراض الوراثية التي تعرف أسبابها الحقيقية أو الجينات المسببة لها، حيث لا يمكن إجراء فحص واحد للكشف على جميع الأمراض الوراثية التي قد يزيد عددها على عشرة آلاف مرض، كما أن تكلفة عمل هذه التحليلات باهظة، وإمكانية إجرائها لا تتوفر في جميع المختبرات.

حكم الفحص قبل الزواج:

انطلاقا مما سبق، فقد اختلف العلماء والباحثون المعاصرون في هذه المسألة، وقد لخص بعضهم أقوالهم على النحو التالي:

القول الأول: يجوز لولي الأمر إصدار قانون يلزم فيه كل المتقدمين للزواج بإجراء الفحص الطبي بحيث لا يتم الزواج إلا بعد إعطاء شهادة طبية تثبت أنه لائق طبياً، ومن الأدلة على ذلك:

1. قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنكُمْ ... (٥٩)﴾ (النساء)، فالمباح إذا أمر به ولي الأمر المسلم للمصلحة العامة يصبح واجباً ويلتزم المسلم بتطبيقه.

2. قوله تعالى: ﴿... وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ... (١٩٥)﴾ (البقرة)، لأن بعض الأمراض المعدية تنتقل بالزواج، فإذا كان الفحص سبباً في الوقاية تعين ذلك.

3. قوله تعالى: ﴿... قَالَ رَبِّ هَبْ لِي مِن لَّدُنكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً إِنَّكَ سَمِيعُ الدُّعَاءِ (٣٨)﴾ (آل عمران)، لأن المحافظة على النسل من الكليات التي اهتمت بها الشريعة، فلا مانع من حرص الإنسان على أن يكون نسله المستقبلي صالحاً غير معيب، ولا تكون الذرية صالحة وقرة للعين إذا كانت مشوهة وناقصة الأعضاء متخلفة العقل، وكل هذه الأمراض تهدف لتجنبها عملية الفحص الطبي.

4. قوله ﷺ: (لا توردوا الممرض على المصح)، وقوله ﷺ: (فر من المجذوم فرارك من الأسد)، ففيه أمر باجتناب المصابين بالأمراض المعدية والوراثية.

5. إن الفحص الطبي لا يعتبر افتئاتاً على الحرية الشخصية؛ لأن فيه مصلحة تعود على الفرد أولاً وعلى المجتمع والأمة ثانياً، وإن نتج عن هذا التنظيم ضرر خاص لفرد أو أفراد فإن القواعد الفقهية تقرر أن (يرتكب أهون الشرين) وأنه (يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام)

6. قاعدة (الدفع أولى من الرفع) حيث إنه إذا أمكن دفع الضرر قبل وقوعه فهذا أولى وأسهل من رفعه بعد الوقوع.

7. قاعدة (الوسائل لها حكم الغايات)، فإذا كانت الغاية هي سلامة الإنسان العقلية والجسدية؛ فإن الوسيلة المحققة لذلك مشروعة، وطالما أن الفحص الطبي قبل الزواج يحقق مصالح مشروعة للفرد الجديد وللأسرة والمجتمع ويدرأ مفاسد اجتماعية ومالية على المستوى الاجتماعي والاقتصادي وهذه من الأسباب المأمور بها شرعاً.

القول الثاني: لا يجوز إجبار أي شخص لإجراء الاختبار الوراثي، ويجوز تشجيع الناس ونشر الوعي بالوسائل المختلفة بأهمية الاختبار الوراثي، ومن الأدلة على ذلك:

1. أن أركان النكاح وشروطه التي جاءت بها الأدلة الشرعية محددة، وإيجاب أمر على الناس وجعله شرطاً للنكاح تَزيّد على شرع الله، وهو شرط باطل، وقد صح قوله ﷺ: (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل...).

2. أن النكاح لا يلزم منه الذرية، فقد يتزوج الرجل لأجل المتعة فقط فلا وجه لإلزامه بالفحص الوراثي كما هو الحال في كبار السن.

3. أن الفحص غالباً سيكون على مرضين أو ثلاثة أو حتى عشرة، والأمراض الوراثية المعلومة اليوم أكثر من 8000 مرض، وكل عام يكتشف مرض جديد، فإذا ألزمنا الناس بالفحص عنها جميعاً فقد يتعذر الزواج ويصعب وينتشر الفساد.

4. قوله ﷺ: (إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه)، فلم يقل ﷺ: (وصحته)، والأصل أن الإنسان سليم، وقد اكتفى بالأصول: الدين والخلق.

5. إن تصرفات ولي الأمر في جعل الأمور المباحة واجباً إنما تجب الطاعة إذا تعينت فيه المصلحة أو غلبت للقاعدة الفقهية (تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة).

6. قوله ﷺ: (إنما الطاعة في المعروف)، وإلزام الناس بالكشف قبل الزواج فيه مفاسد عظيمة تزيد على المصالح المرجوة.

7. قوله ﷺ في الحديث القدسي: (أنا عند ظن عبدي بي)، فالمتقدم للزواج ينبغي أن يحسن الظن بالله ويتوكل على الله ويتزوج، والكشف يعطي نتائج غير صحيحة أحياناً.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو القول بوجوب الفحص قبل الزواج، درءا لهذه المفاسد العظيمة التي تنجر بسبب ترك هذا النوع من أنواع الفحص.

وخاصة مع ما نعرفه من (أن الكثير من الأمراض الوراثية لا يوجد لها علاج أو يصعب علاجها وذات تكلفة عالية، وقد يترتب على إجراءات العلاج سواء بتناول الدواء طوال الحياة أو التغذية الخاصة أو نقل الدم بصفة منتظمة أو زرع الأعضاء زيادة في النفقات، فالفحص قبل الزواج يشكل وسيلة ملائمة لمكافحة الأمراض الوراثية ووسيلة للوقاية وبأقل تكلفة مقارنة بالفوائد الكبيرة التي تتحقق إذا ما تم حماية المجتمع من الأمراض الوراثية والتي يكلف علاجها مبالغ طائلة).

ونرى أن على ولي الأمر أن لا يكتفي بإجبار رعاياه على ضرورة هذا الفحص فقط، بل يجب عليه تيسير الأمر عليهم، وتوفير ما يلزم من أنواع الفحوص في هذه الناحية بالمجان، وخاصة للعاجزين عن دفع تكاليفه الضخمة.

بل نرى أنه بالإمكان تزويد المستشفيات العمومية بما يسهل هذا النوع من الفحص على العامة، كما نشاهد من تزويدها مثلا بما يسهل تنظيم النسل أو الحد منه.

ونرى أن من مسؤولية ولي المرأة أن يشترط فيمن يتقدم للخطبة إجراء الفحص إذا كانت هناك قرائن تدل على احتمال الإصابة بالمرض سواء للمخطوبة أو للذرية مستقبلا.

وقد جاء في فتاوى اللجنة الشرعية بوزارة الأوقاف بالكويت: يستحب، بل يجب في بعض الحالات إخبار الراغبين في الزواج بما تكشف عنه الفحوصات، سواء كان حصول التشويه بالحمل مؤكداً أو محتملاً؛ لقوله ﷺ: (الدين النصيحة)(1).

ويتأكد ما ذكرناه فيما لو (انتشر مرض معين في منطقة معينة، وكان المتزوجون من أهل المنطقة، وهم معرضون غالباً لانتقال الأمراض الوراثية للذرية؛ فلا بأس من طلب الفحص قبل الزواج، وليس ذلك على النطاق العام، فلو كان المرض ينتشر في منطقة معينة من بلد ما فقط فيقتصر الحكم على المنطقة).

هذا، وقد انتهت المناقشات الطبية الفقهية لموضوع الفحص الطبي قبل الزواج التي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت، والتي ضمت نخبه من الأطباء والفقهاء من بلدان عديدة بجملة توصيات، جاء فيها:

1. تشجيع إجراء الاختبار الوراثي قبل الزواج، وذلك من خلال نشر الوعي عن طريق وسائل الإعلام المسموعة والمرئية والندوات والمساجد.

2. تناشد السلطات الصحية بزيادة أعداد وحدات الوراثة البشرية لتوفير الطبيب المتخصص في تقديم الإرشاد الجيني وتعميم نطاق الخدمات الصحية المقدمة للحامل في مجال الوراثة التشخيصية والعلاجية بهدف تحسين الصحة الإنجابية.

3. لا يجوز إجبار أي شخص لإجراء الاختبار الوراثي.

---

(1) أحمد ومسلم وأبو داود والنسائي عن تميم الداري.

الفصل الثاني

الولاية في الزواج

نتناول في هذا الفصل أساسا من الأسس التي وضعتها الشريعة الحكيمة لحماية الزواج من عبث العابثين، الذين قد يستصغرون عقل المرأة أو يغرونها بمعسول الكلام، ليجروها لمستنقعاتهم المدنسة.

وقد اختلف الفقهاء في المدى الذي يعتبر فيه اختلافا شديدا، وقد حصل بناء على هذا الاختلاف مواقف متناقضة انجرت عنها كثير من المفاسد، فبناء على التشديد في اعتباره ألغيت شخصية المرأة، وألغي حقها في الاختيار، وصارت تابعة لرغبة وليها الذي يجبرها بالزواج بمن شاء، ويعضلها عمن شاء.

وبناء على التساهل في اعتباره ضاعت حقوق المرأة التي لا تجد الرجل الذي يحميها من هضم حقوقها والاحتيال عليها.

وبناء على هذا الواقع نحاول في هذا الفصل التعرف على المواقف الفقهية المختلفة من هذا الأساس، وما ينبني عنها من مصالح أو مفاسد، وقد قسمنا الفصل إلى أربعة مباحث هي:

1. أحكام الولاية وأنواعها، وقد تحدثنا فيه عن الأحكام الأصلية والعارضة للولاية، وأنواعها.

2. من تثبت له الولاية بمراتبهم المختلفة، وبحسب أنواع الولاية.

3. من تثبت عليه الولاية، وقد خصصناهم بمبحث خاص لبعض التفاصيل التي يعسر وضعها في المبحث الثاني.

4. الوكالة في الزواج، أحكامها وأنواعها.

المبحث الأول
أحكام الولاية وأنواعها

تعريف الولاية:

لغة: وَلِيَ الشيءَ ووَلِيَ عليه وِلايةً ووَلايةً، والوِلاية الخُطة كالإمارة، والوَلايةُ المصدر، ومن أسماء الله تعالى: الوَليُّ هو الناصِرُ.

قال الزجاج: والوِلايةُ التي بمنزلة الإمارة مكسورة ليفصل بين المعنيين، وقد يجوز كسر الولاية لأن في تولي بعض القوم بعضاً جنساً من الصِّناعة والعمل، وكل ما كان من جنس الصِّناعة نحو القِصارة والخِياطة فهي مكسورة[1].

اصطلاحا: من تعاريفها ما ورد في المجلة: هي نفاذ تصرف الولي في حق الغير شاء أم أبى[2].

حكم الولاية:

اتفق الفقهاء على عدم اشتراط الولاية لزواج الرجل ما دام بالغا عاقلا، فيملك أن يزوج نفسه بأي امرأة سواء كانت مكافئة له أو أقل منه، بمهر المثل أو بأكثر منه دون أن يعترض عليه أحد في ذلك، واختلفوا في المرأة البالغة العاقلة بكراً كانت أو ثيباً، هل يمكنها تزويج نفسها أم يشترط حضور وليها؟ على الأقوال التالية[3]:

القول الأول: اشتراط الولاية:

أي أن المرأة لا تزوج نفسها ولا غيرها، فلا ولاية لها في عقد الزواج على نفسها ولا غيرها بالولاية، وروي هذا عن عمر وعلي وابن مسعود وعائشة رضي الله عنهم، قال ابن المنذر: (إنه لا يعرف عن أحد من الصحابة خلاف ذلك)[4] وإليه ذهب سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبد العزيز، والثوري، وابن أبي ليلى وابن شبرمة، وأبو عبيد والطبري، وهو قول

(1) لسان العرب: 15/406.

(2) درر الحكام: 1/59.

(3) المدونة: 2/110، الأم: 5/20، المحلى: 9/32، التمهيد: 19/84، المنتقى: 3/267، الفتاوى الكبرى: 3/192، تبيين الحقائق: 2/100، فتح القدير: 3/257، الإنصاف: 8/66، التاج والإكليل: 5/71، أسنى المطالب: 3/125.

(4) نيل الأوطار: 6/251.

للمالكيـة والشـافعيـة والحنابلة، وهو مـا نقله عـن أبي يوسف كـل من الطحـاوي والكرخي[1]، واستدلوا على ذلك بما يلي:

من القرآن الكريم:

1. قال الله تعالى: ﴿ **وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ** ... (٢٣٢) ﴾ (البقرة)، وهذه الآية نزلت في معقل بن يسار إذ عضل أخته عن مراجعة زوجها، ولولا أن له حقا في الإنكاح ما نهى عن العضل، قال ابن عبد البر: (هذا أصح شيء وأوضحه في أن للولي حقا في الإنكاح، ولا نكاح إلا به،لأنه لولا ذلك ما نهي عن العضل، ولاستغني عنه)[2]، ثم بين وجه احتجاجه بقوله: (ألا ترى أن الولي نهى عن العضل، فقد أمر بخلاف العضل، وهو التزويج، كما أن الذي نهي عن أن يبخس الناس قد أمر بأن يوفي الكيل والوزن، وهذا بين كثير).
2. قوله تعالى: ﴿ ... **فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ** ... (٢٥) ﴾ (النساء) فالآية صريحة باشتراط طلب إذن الأهل.
3. قوله تعالى: ﴿ **وَأَنكِحُوا الأَيَامَىٰ مِنكُمْ** ... (٣٢) ﴾ (النور)، فلم يخاطب تعالى في هذه الآية إلا الرجال، ولو كان هذا الأمر إلى النساء لذكرهن.
4. قوله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام في قصة موسى عليه السلام: ﴿ **قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِندِكَ وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ سَتَجِدُنِي إِن شَاءَ اللَّهُ مِنَ الصَّالِحِينَ** (٢٧) ﴾ (القصص)، قال القرطبي: (وفي هذه الآية دليل على أن النكاح إلى الولي، لا حظ للمرأة فيه لأن صالح مدين تولاه)[3].
5. قوله تعالى: ﴿ **الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ** ... (٣٤) ﴾ (النساء) فأخبر تعالى أن للرجال حق القوامة على النساء، ومن القوامة الولاية عليهن.

---

(1) ولهؤلاء الفقهاء تفاصيل مختلفة تتعلق بالمسالة تقربهم من القول الثاني، سنذكرها في محلها.

(2) التمهيد: 19/ 90.

(3) تفسير القرطبي:13/ 271.

من السنة النبوية الشريفة:

الحديث الأول: قول النبي ﷺ: (لا نكاح إلا بولي)[1]، وهو من أصرح الأحاديث الدالة على اشتراط الولي، والاستدلال به من الوجهين التاليين:

الوجه الأول: صحة الاحتجاج به، فقد أورد المخالفون ضعف الحديث بسبب إرساله، وقد أجاب القرطبي على ذلك بقوله: (من يقبل المراسيل يلزمه قبوله، وأما من لا يقبل المراسيل فيلزمه أيضا، لأن الذين وصلوه من أهل الحفظ والثقة، وممن وصله إسرائيل وأبو عوانة، كلاهما عن أبى إسحاق عن أبى بردة عن أبى موسى عن النبى ﷺ، وإسرائيل ومن تابعه حفاظ، والحافظ تقبل زيادته، وهذه الزيادة يعضدها أصول)[2].

بل قد ذكر ابن القيم الاحتجاج على قبوله من خمسة وجوه، هي:

1. تصحيح من تقدم من الأئمة له وحكمهم لروايته بالصحة كالبخاري وعلي بن المديني والترمذي وبعدهم الحاكم وابن حبان وابن خزيمة.
2. ترجيح إسرائيل في حفظه وإتقانه لحديث أبي إسحاق، وهذا شهادة الأئمة له وإن كان شعبة والثوري أجل منه لكنه لحديث أبي إسحاق أتقن وبه أعرف.
3. متابعة من وافق إسرائيل على وصله كشريك ويونس بن أبي إسحاق، قال عثمان الدارمي: سألت يحيى بن معين شريك أحب إليك في أبي إسحاق أو إسرائيل فقال شريك أحب إلي وهو أقدم وإسرائيل صدوق قلت يونس بن أبي إسحاق أحب إليك أو إسرائيل فقال كل ثقة.
4. ما ذكره الترمذي، وهو أن سماع الذين وصلوه عن أبي إسحاق كان في روايات مختلفة، وشعبة والثوري سمعاه منه في مجلس واحد.

---

(1) قال الشوكاني: «وقد صحت الرواية فيه عن أزواج النبي ﷺ عائشة وأم سلمة وزينب بنت جحش، ثم سرد تمام ثلاثين صحابيا، وقد جمع الإشارة الدمياطي من المتأخرين، وقد اختلف في وصله وإرساله، فرواه شعبة والثوري عن أبي اسحاق مرسلا، ورواه إسرائيل عنه فأسنده، وأبو إسحاق مشهور بالتدليس،وأسند الحاكم من طريق علي بن المديني ومن طريق البخاري والذهلي وغيرهم أنهم صححوا حديث إسرائيل» انظر:نيل الأوطار:6/249، سنن الدارقطني: 3/220، صحيح ابن حبان: 9/389، أبو داود: 2/229، المستدرك:2/183، سنن ابن ماجه: 1/605.

(2) تفسير القرطبي: 3/72، وانظر: التمهيد: 19/89.

5. أن وصله زيادة من ثقة ليس دون من أرسله، والزيادة إذا كان هذا حالها فهي مقبولة كما أشار إليه البخاري[1].

الوجه الثاني: أن المخالفين أولوا الحديث على أن معناه: نفي الكمال لا نفي الصحة، وقد أجاب أصحاب هذا القول بأن الأولى هو حمل النفي في الحديث على نفي الفعل الشرعي، لا على نفي الفعل الوجودي، لأن الظاهر أن الشارع يطلق ألفاظه على عرفه، هو الشرعي، فلو حملناه على أن الفعل الحسي منتف احتجنا إلي إضمار لتصحيح اللفظ، وهو المسمى القدرة والاقتضاء، وينشأ عنه النظر في أن اللفظ يكون عاما أو مجملا أو ظاهرا في بعض المحامل، أما إذا حملناه على نفي الحقيقة الشرعية، فلا نحتاج إلي إضمار فكان الأولى في هذا حمله على الحقيقة الشرعية، فيكون نفيا للنكاح الشرعي، بخلاف حمله الحقيقة الحسية، فإن عدم الولي حسا احتجنا إلي إضمار فحينئذ يضمر بعضهم الصحة وبعضهم الكمال[2].

الحديث الثاني: عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: (كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح: خاطب وولي وشاهدا عدل)[3].

الحديث الثالث: عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: (لا تنكح المرأة المرأة، ولا المرأة نفسها، وإنما الزانية هي التي تنكح نفسها)[4].

الحديث الرابع: عن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنه قال: (أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل، فإن أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له)[5].

---

(1) حاشية ابن القيم: 6/74، وانظر: التحقيق في أحاديث الخلاف: 2/257.

(2) شرح عمدة الأحكام: 1/151.

(3) حديث ضعيف رواه البيهقي والدارقطني، انظر: مغني المحتاج :3/163.

(4) قال ابن حجر: رواه ابن ماجة والدارقطني من طريق ابن سيرين عن أبي هريرة، وفي لفظ: وكنا نقول: إن التي تزوج نفسها هي الزانية، ورواه الدارقطني أيضا من طريق أخرى إلى ابن سيرين فبين أن هذه الزيادة من قول أبي هريرة، ورواه البيهقي من طريق عبد السلام بن حرب عن هشام عنه بها، تلخيص الحبير :3/157، وانظر: التحقيق في أحاديث الخلاف: 2/259، الدراية في تخريج أحاديث الهداية :2/80.

(5) الحديث حسنه الترمذي وصححه ابن حبان وأخرجه ابن عدي كلهم من طريق سليمان بن موسى عن ابن جريج عن الزهري عن عروة عن عائشة قال في رواية ابن عدي قال: ابن جريج فلقيت الزهري فقال :أخشى أن يكون سليمان وهم، قال الترمذي وضعف يحيى بن معين رواية إسماعيل هذه، وقال ابن حبان: ليس هذا مما يقدح في =

الرد على ما استدل به المخالفون من السنة:

أما الأحاديث التي استدل بها المخالفون، ومنها قوله ﷺ: (الأيم أحق بنفسها من وليها)[1]، فقد قال ابن تيمية: (فلما جعل الثيب أحق بنفسها دل على أن البكر ليست أحق بنفسها، بل الولي أحق،وهم تركوا العمل بنص الحديث وظاهره، وتمسكوا بدليل خطابه)[2].

والحديث يحتمل من حيث اللفظ أن المراد أحق في كل شيء من عقد وغيره، ويحتمل أنها أحق بالرضا أن لا تزوج حتى تنطق بالإذن، بخلاف البكر، فلما صحت الأحاديث الدالة على اشتراط الولي تعين الاحتمال الثاني، وأن المراد أحق بالرضا دون العقد، وأن حق الولي في العقد، ودل أفعل التفضيل المقتضي المشاركة أن لوليها حقا آكد، وحقها أن لا يتم ذلك إلا برضاها.

أما دلالة الأيم في اللغة على غير المتزوجة فقد اختلف في ذلك، فقال علماء الحجاز وكافة الفقهاء المراد الثيب المتوفى عنها أو المطلقة، لأنه أكثر استعمالا، ولأن جماعة من الثقات رووه بلفظ (الثيب)، ولمقابلته بالبكر، وقال الكوفيون وزفر والشعبي والزهري: الأيم هنا على معناه اللغوي ثيبا أو بكرا بالغة.

من الأدلة العقلية:

1. أن النكاح عقد عظيم، خطره كبير، ومقاصده شريفة ولهذا أظهر الشرع خطره باشتراط الشاهدين فيه من بين سائر المعاوضات، فلإظهار خطره تجعل مباشرته مفوضة إلى أولي الرأي الكامل من الرجال.

= صحة الخبر؛ لأن الضابط قد يحدث ثم ينسى فإذا سئل عنه فلا يكون نسيانه دالا على بطلان الخبر، وقال الحاكم نحو ذلك، ثم أسند عن أبي حاتم الرازي عن أحمد أنه ذكر هذه الحكاية فقال ابن جريج: له كتب مدونة ليس هذا فيها وذكر البيهقي في المعرفة عن بعض الناس: أنه أعل هذا الحديث بهذه الحكاية، ثم رد عليه بتوهين أحمد وابن معين، انظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية :60/2، التحقيق في أحاديث الخلاف: 255/2، نصب الراية: 184/3.

(1) مسلم: 1037/2، الموطأ: 524/2، الترمذي: 416/3، الدارمي: 186/2، البيهقي: 115/7، الدارقطني: 240/3، ابن حبان: 367/9، النسائي: 280/3.

(2) كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه: 24/32.

2. أن النساء ناقصات العقل والدين، فكأن نقصان عقلها بصفة الأنوثة بمنزلة نقصان عقلها بصفة الصغر، والدليل على اعتبار نقصان عقلها أنه لم يجعل إليها من جانب رفع العقد شيء، بل الزوج هو الذي يستبد بالطلاق.

القول الثاني: عدم اشتراط الولاية:

أي جواز مباشرة المرأة عقد زواجها وزواج غيرها مطلقا إلا أنه خلاف المستحب، وهو قول محمد بن سيرين والشعبي والزهري وقتادة، وهو قول أبي حنيفة[1] في الرواية الأولى عنه، وهي ظاهر الرواية، واستدلوا على ذلك بما يلي:

من القرآن الكريم: ورود آيات قرآنية كثيرة تصرح بأن الزواج ينعقد بعبارة النساء، لأن الزواج المذكور فيها منسوب إلى المرأة، ومن قال بعدم انعقاده بعبارة النساء فقد رد نص الكتاب، ومنها:

1. قوله تعالى: ﴿ **وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ** (٢٣٤) ﴾ (البقرة)، ووجه الاستدلال بالآية أن الله تعالى أجاز فعلها في نفسها من غير شرط الولي[2].

---

(1) للحنفية في استقلال المرأة بالولاية سبع روايات هي: روايتان عن أبي حنيفة: 1 ـ تجوز مباشرة البالغة العاقلة عقد نكاحها ونكاح غيرها مطلقا إلا أنه خلاف المستحب، وهو ظاهر المذهب، 2 ـ رواية الحسن عنه: إن عقدت مع كفء جاز ومع غيره لا يصح، واختيرت للفتوى لما ذكر أن كم من واقع لا يرفع وليس كل ولي يحسن المرافعة والخصومة ولا كل قاض يعدل، ولو أحسن الولي وعدل القاضي فقد يترك أنفة للتردد على أبواب الحكام واستثقالا لنفس الخصومات فيتقرر الضرر فكان منعه دفعا له.

وعن أبي يوسف ثلاث روايات: 1 ـ لا يجوز مطلقا إذا كان لها ولي 2 ـ ثم رجع إلى الجواز من الكفء لا من غيره 3 ـ ثم رجع إلى الجواز مطلقا من الكفء وغيره.

وروايتان عن محمد: 1 ـ انعقاده موقوفا على إجازة الولي إن أجازه نفذ وإلا بطل، إلا أنه إذا كان كفئا وامتنع الولي يجدد القاضي العقد ولا يلتفت إليه. 2 ـ ورواية رجوعه إلى ظاهر الرواية. فانتهى الخلاف إلى اتفاق الثلاثة على الجواز مطلقا من الكفء وغيره، وهذا الوجه الذي ذكرناه عن أبي يوسف من ترتيب الروايات عنه وهو ما ذكره السرخسي، انظر: المبسوط:5/10، تبيين الحقائق: 5/218، حاشية ابن عابدين: 3/57، شرح فتح القدير:3/255.

(2) وعلى عكس ذلك استدل الشافعي بالآية فقال: «وهذه أبين آية في كتاب الله تعالى تدل على أن النكاح لا يجوز بغير ولي ؛ لأنه نهى الولي عن المنع وإنما يتحقق المنع منه إذا كان الممنوع في يده» الأم:5/166.

2. قوله تعالى: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ ... (٢٣٢) ﴾ (البقرة) ووجه الاستدلال بالآية من وجوه[1]، منها إضافة العقد إليها من غير شرط إذن الولي، ومنها نهيه عن العضل إذا تراضى الزوجان، والنهي يمنع أن يكون له حق فيما نهي عنه،ومنها أنه لما كان الولي منهيا عن العضل إذا زوجت هي نفسها من كفؤ، فلا حق له في ذلك، كما لو نهي عن الربا والعقود الفاسدة لم يكن له حق فيما قد نهي عنه، فلم يكن له فسخه، وإذا اختصموا إلى الحاكم فلو منع الحاكم من مثل هذا العقد كان ظالما مانعا مما هو محظور عليه منعه، فيبطل حقه أيضا في الفسخ فيبقى العقد لا حق لأحد في فسخه فينفذ ويجوز.

3. قوله تعالى: ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ... (٢٣٠) ﴾ (البقرة)، ووجه الاستدلال بالآية من وجهين، أحدهما إضافته عقد النكاح إليها في قوله تعالى: ﴿ ... حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ... (٢٣٠) ﴾، والثاني قوله تعالى: ﴿ ... فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا ... (٢٣٠) ﴾ فنسب التراجع إليهما من غير ذكر الولي.

من السنة: ورود الأحاديث الدالة على صحة الزواج من دون ولي، ومنها:

الحديث الأول: عن ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (الأيم أحق بنفسها من وليها)[2]، وقد فسروا الأيم بأنه اسم لامرأة لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا، قال السرخسي: (وهذا هو الصحيح عند أهل اللغة، وهو اختيار الكرخي، قال: الأيم من النساء كالأعزب من الرجال بخلاف ما ذكر محمد أن الأيم اسم للثيب)[3].

واستدلوا على ذلك من اللغة بما ورد في أمثال أكثم بن صيفي: (كل ذات بعل ستئيم)، وهو يضرب لتحول الزمن بأهله، وبقول الشاعر:

أفاطم إني هـــالك فتثبتي ولا تجزعي كل النساء تئيم[4]

---

(1) انظر تفصيل الوجوه في ذلك :أحكام القرآن للجصاص: 1/545.

(2) مسلم: 2/1037، الموطأ: 2/524، الترمذي: 3/416، الدارمي: 2/186، البيهقي: 7/115، الدارقطني: 3/240، ابن حبان: 9/367، النسائي: 3/280.

(3) المبسوط: 5/12.

(4) شرح فتح القدير:3/259.

وهذا الحديث من أقوى ما يستدل به أصحاب هذا القول، ويعتبرونه معارضا للأحاديث التي ساقها أصحاب القول الأول، ويترجح عليه بقوة سنده،قال في حاشية ابن عابدين: (الأيم من لا زوج لها بكرا أو لا، فإنه ليس للولي إلا مباشرة العقد إذا رضيت، وقد جعلها أحق منه به، ويترجح هذا بقوة السند والاتفاق على صحته، بخلاف الحديثين الأولين (يقصد ما سبق ذكره من أحاديث) فإنهما ضعيفان أو حسنان، أو بأن النفي للكمال، أو بأن يراد بالولي من يتوقف على إذنه، أي لا نكاح إلا بمن له ولاية)[1].

الحديث الثاني: عن سهل بن سعد رضي الله عنه في المرأة التي وهبت نفسها للنبي ﷺ، فقال ﷺ: ما لي في النساء من أرب، فقام رجل فسأله أن يزوجها، فزوجها[2]، ولم يسألها هل لها ولي أم لا، ولم يشترط الولي في جواز عقدها.

الحديث الثالث: أن أم سلمة لما انقضت عدتها بعث إليها أبو بكر رضي الله عنه يخطبها عليه، فلم تزوجه، فبعث إليها رسول الله ﷺ عمر بن الخطاب يخطبها عليه، فقالت: أخبر رسول الله ﷺ أني امرأة غيرى، وأني امرأة مصبية، وليس أحد من أوليائي شاهد، فأتى رسول الله ﷺ فذكر ذلك له، فقال: ارجع إليها فقل لها: أما قولك إني امرأة غيرى، فسأدعو الله لك فيذهب غيرتك، وأما قولك إني امرأة مصبية فستكفين صبيانك، وأما قولك أن ليس أحد من أوليائي شاهد فليس أحد من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك، فقالت لابنها: يا عمر، قم فزوج رسول الله ﷺ فزوجه[3].

ما استدل به المخالفون من السنة: أما ما استدل به المخالفون فردوه من الوجوه التالية:

الوجه الأول: مخالفة الراوي لما روى، وذلك دليل وهن الحديث، فقد روي عن عائشة رضي الله عنها أنها زوجت ابنة أخيها حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر بن الزبير، وهو غائب فلما رجع قال: أومثلي يفتات عليه في بناته، فقالت عائشة رضي الله عنها: أوترغب عن المنذر؟ والله لتملكنه أمرها.

ومثله الزهري الذي عليه مدار الحديث، فقد أنكره الزهري، وجوز النكاح بغير ولي.

---

(1) حاشية ابن عابدين: 3/56.

(2) سبق تخريجه.

(3) النسائي: 3/286، ابن حبان: 7/212، البيهقي: 7/131، أحمد: 6/317.

الوجه الثاني: أن الأحاديث محمولة على الأمة إذا زوجت نفسها بغير إذن مولاها أو على الصغيرة أو على المجنونة، أو أنها محمولة على بيان الندب وأن المستحب أن لا تباشر المرأة العقد ولكن الولي هو الذي يزوجها.

الأدلة العقلية:

1. أنها تصرفت في خالص حقها،ولم تلحق الضرر بغيرها، فينعقد تصرفها كما لو تصرفت في مالها، لأن النكاح من الكفء بمهر المثل خالص حقها، بدليل أن لها أن تطالب الولي به، ويجبر الولي على الإيفاء عند طلبها.
2. أنها من أهل استيفاء حقوق نفسها، فإنما استوفت بالمباشرة حقها، وكفت الولي الإيفاء، وقاسوا ذلك على صاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه، فاستوفى كان استيفاؤه صحيحا.
3. أن اختيار الأزواج إليها باتفاق الفقهاء، والتفاوت في حق الأغراض والمقاصد إنما يقع باختيار الزوج لا بمباشرة العقد، ولو كان لنقصان عقلها عبرة لما كان لها اختيار الأزواج.
4. أنها تعامل معاملة الكبير بدليل اعتبار رضاها في مباشرة الولي العقد، ولو كانت بمنزلة الصغيرة لما اعتبر رضاها، ويجب على الولي تزويجها عند طلبها، ولو كانت كالصغيرة لما وجب الإيفاء بطلبها.
5. أن حق مطالبة الولي لأجل المروءة، لأنها تستحي من الخروج إلى محافل الرجال لتباشر العقد على نفسها، ويعد هذا وقاحة منها، ولكن هذا لا يمنع صحة مباشرتها.
6. أنها لما بلغت عن عقل وحرية فقد صارت ولية نفسها في النكاح، فلا تبقى موليا عليها كالصبي العاقل إذا بلغ.
7. أن ولاية الإنكاح إنما ثبتت للأب على الصغيرة بطريق النيابة عنها شرعا، لكون النكاح تصرفا نافعا متضمنا مصلحة الدين والدنيا، وحاجتها إليه حالا ومآلا وكونها عاجزة عن إحراز ذلك بنفسها، وكون الأب قادرا عليه بالبلوغ عن عقل زال العجز حقيقة، وقدرت على التصرف في نفسها حقيقة، فتزول ولاية الغير عنها، وتثبت الولاية لها.
8. أن النيابة الشرعية إنما تثبت بطريق الضرورة نظرا، فتزول بزوال الضرورة، لأن الحرية منافية لثبوت الولاية للحر على الحر، وثبوت الشيء مع المنافي لا يكون إلا بطريق الضرورة، ولهذا المعنى زالت الولاية عن إنكاح الصغير العاقل إذا بلغ، وتثبت الولاية له.

الترجيح:

انطلاقا مما سبق من أدلة الفريقين، فإن القول الراجح الذي نراه، هو التوسط بينهما، وذلك باعتبار الولاية شرطا شكليا من شروط الزواج، ومعنى هذا القول أن الولاية ليست ركنا من أركان الزواج ـ على خلاف من يقول بذلك ـ لإمكان قيام الزواج شرعا بدونها، ولعدم توفر الأدلة القطعية الكافية لاعتبار ركنيتها، وللخلاف في أصل اعتبارها.

وليست كذلك شرط صحة للزواج، وقد استدل ابن رشد لذلك بقوله: (ولكن الذي يغلب على الظن أنه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لبين جنس الأولياء وأصنافهم ومراتبهم، فإن تأخر البيان عن وقت الحاجة لا يجوز، فإذا كان لا يجوز عليه ﷺ تأخير البيان عن وقت الحاجة، وكان عموم البلوى في هذه المسألة يقتضي أن ينقل اشتراط الولاية عنه ﷺ تواترا أو قريبا من التواتر.. .فقد يجب أن يعتقد أحد أمرين إما أنه ليست الولاية شرطا في صحة النكاح، وإنما للأولياء الحسبة في ذلك، وإما إن كان شرطا فليس من صحتها تمييز صفات الولي وأصنافهم ومراتبهم، ولذلك يضعف قول من يبطل عقد الولي الأبعد مع وجود الأقرب)[1].

وهي ليست ركنا ولا شرط صحة ـ أيضا ـ لأن بعض الأولياء يسيء استخدام هذا الحق، فيستغل ولايته ليرمي موليته حيث شاء دون اعتبار لرغباتها.

ومع ذلك فإن عدم اعتبار الولي إطلاقا مناف للنصوص الكثيرة الدالة على ذلك، وفتح لباب عظيم من الفساد والانحراف في المجتمع، وتهديم لبنيان الأسرة المتماسك، وقد يتسبب عنه ضياع حقوق المرأة لعدم المطالب بها، وهو فوق ذلك إساءة لأوليائها الحريصين على مصالحها.

ولأجل هذه الاعتبارات، فإن القول الذي يمكن أن يجمع بينها جميعا هو اعتبار الولي شرطا شكليا للزواج، وآراء الفقهاء التفصيلية تكاد تقول بهذا القول، وقد كانت عائشة، رضي الله عنها، إذا هوى الفتى من بني أختها الفتاة من بني أخيها ضربت بينهما سترا وتكلمت، فإذا لم يبق إلا النكاح قالت: يا فلان، أنكح، فإن النساء لا ينكحن[2].

---

(1) بداية المجتهد :2/9.

(2) المصنف :3/276.

وقد عبر عن هذا الاشتراط الشكلي الشعبي عندما سئل عن رجل زوج أختا له بواسط فكرهت قال: هي أحق بنفسها قلت: إنه أخوها لأبيها وأمها قال: هي أحق بنفسها من أبيها إذا كرهت[1].

بل إن النصوص النبوية تدل على هذا النوع من الاشتراط فقد روي أن جارية بكرا أتت النبي ﷺ فذكرت له أن أباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ[2]، وروي أن فتاة أتت النبي ﷺ فقالت إن أبي زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خسيسته، فجعل الأمر إليها، فقالت: قد أجزت ما صنع أبي ولكني أردت أن أعلم أن للنساء من الأمر شيئا[3].

وقد يستغرب هذا التعبير، فكيف يكون شرطا، ثم يكون شكليا؟

والإجابة عن هذا التساؤل يتضمنها هذا الفصل، فسنرى الكثير من الجوانب التي تجعل من هذا الشرط مجرد رسم من الرسوم يقصد منه إضفاء هيبة على هذا العقد الشرعي من غير أن يكون له تأثير على العقد نفسه، أو هو بتعبير آخر مجرد وكالة للمرأة صيانة لها عن محافل الرجال والشهود.

أثر الزواج بدون ولي:

اختلف الفقهاء القائلون باشتراط الولاية في الزواج، فيما لو صيرت المرأة أمرها إلى رجل وتركت أولياءها على قولين:

القول الأول: يفسخ الزواج، فإذا وقع الدخول وتطاول الأمر لم يفسخ، وهو قول مالك والليث بن سعد، واستدلوا على ذلك بأن الأمور إذا تفاوتت لم يرد منها إلا الحرام الذي لا شك فيه، ويشبه ما فات من ذلك بحكم الحاكم إذا حكم بحكم لم يفسخ إلا أن يكون خطأ لا يشك فيه، فأما ما يجتهد فيه الرأي وفيه الاختلاف فإنه لا يفسخ،ولا يرد من رأي إلى رأي.

قال ابن عبد البر: (وأما ما قال مالك: إن المرأة إذا تزوجت من غير ولي، ففسخه الحاكم أنها تطليقة، فإنما قال ذلك لما وصفنا أنه ليس يعلم حقيقة أنه حرام، ولو كان يعلم حقيقة أنه حرام لكان فسخا بغير طلاق)[4].

---

(1) المصنف:3/427.

(2) سبق تخريجه.

(3) سبق تخريجه.

(4) التمهيد: 19/94.

القول الثاني: أن النكاح بغير ولي مفسوخ أبدا قبل الدخول وبعده، ولا يتوارثان إن مات أحدهما، وهو مذهب الشافعية، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. أن الولي من فرائض النكاح لقيام الدليل من الكتاب والسنة على أن لا نكاح إلا بولي.

2. أن المسلمين تتكافأ دماؤهم، وهكذا في سائر الأحكام، ليس في شيء منها فرق بين الوضيع والرفيع في كتاب ولا سنة.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو عدم الفسخ قبل الدخول وبعده إلا إذا كان في الزوج من خصال الكفاءة المذكورة سابقا ما لا تتمكن المرأة من العيش معه بسلام، أو تزوجها بتدليس وغرر كبير، فإن الزواج بهذه الحالة يفسخ، لحق الأولياء في موليتهم، ويتولى الفسخ الحاكم، ويستحسن أن لا يتم ذلك إلا بعد اقتناع المرأة بالعيوب التي يطالب على أساسها الأولياء بالتفريق، والأفضل في التفريق أن يكون فسخا لا طلاقا، للمبررات التي سنذكرها في محلها من هذه السلسلة.

التفريق بين الشريفة والدنيئة في أحكام الولاية:

اشتهر عن المالكية في الولاية التفريق بين الشريفة والدنيئة، حتى تصور البعض أن المالكية يشترطون الولاية في الشريفة دون الدنيئة[1]، ولم يرو ذلك عن مالك وإنما روى ابن القاسم أن الدنية التي ليس لها ولي بقرابة ولا ولاية يجوز أن يزوجها الأجنبي دون الإمام، وقد أنكر ابن الماجشون رواية ابن القاسم، وقال: إنما قال مالك ذلك في الأعجمية تعمد للرجل فيلي منها ما يلي من مولاته، لا بأس أن يعقد نكاحها بإذنها إذا لم يكن لها ولي، وأما ذات الحال والنسب فلا[2].

وقد أنكر ابن حزم مثل هذه المقولة بقوله: (أما قول مالك فظاهر الفساد، لأنه فرق بين الدنية وغير الدنية، وما علمنا الدناءة إلا معاصي الله تعالى، وأما السوداء، والمولاة فقد كانت أم أيمن – رضي الله عنها – سوداء ومولاة، ووالله ما بعد أزواجه ﷺ في هذه الأمة امرأة أعلى قدرا عند الله تعالى وعند أهل الإسلام كلهم منها، وأما الفقيرة، فما الفقر دناءة، فقد كان في

(1) أحكام القرآن للجصاص: 2/102.

(2) المنتقى: 270/3، خرشي: 3/181.

الأنبياء – عليهم الصلاة والسلام – الفقير الذي أهلكه الفقر – وهم أهل الشرف والرفعة حقا – وقد كان قارون، وفرعون، وهامان: من الغنى بحيث عرف – وهم أهل الدناءة والرذالة حقا –، وأما النبطية: فرب نبطية لا يطمع فيها كثير من قريش ليسارها، وعلو حالها في الدنيا، ورب بنت خليفة هلكت فاقة وجهدا وضياعا)[1].

ولكن مراد المالكية من ذلك ليس تفضيلا للشريفة على غيرها كما تصوره ابن حزم، وإنما هو مجرد إجراء عملي لتيسير زواج غير المرغوب فيها، بخلاف المرغوب فيها، والتي تستدعي ضبطا أكثر لأمر الولاية في حقها، ولذلك فالأولى اجتناب هذا الاصطلاح لما يوحي به من تفريق بين المسلمين على أسس غير شرعية، أما المعنى فلا شك في صحته، وهو يخدم بذلك غير المرغوب فيها، أما المرغوب فيها، فلها من يتولى زواجها.

وقد كان الشافعي أقرب إلى فهم مراد مالك، وأبلغ في الرد عليه من ابن حزم في قوله: (السنة والآثار على كل امرأة، فمن أمركم أن تخصوا الشريفة بالحياطة لها واتباع الحديث فيها، وتخالفون الحديث عن النبي ﷺ وعمن بعده في الدنية، أرأيتم لو قال لكم قائل: بل لا أجيز نكاح الدنية إلا بولي لأنها أقرب من أن تدلس بالنكاح، وتصير إلى المكروه من الشريفة التي تستحي على شرفها، وتخاف من يمنعها)[2] ثم عقب على ذلك بقوله: (فإن الخطأ في هذا القول لأبين من أن يحتاج إلى تبيينه بأكثر من حكايته).

وللإجابة على اعتراض الشافعي، ننقل بعض ما ذكره ابن عبد البر نقلا عن الإمام مالك توضيحا لمقصده من ذلك التفريق الذي أثار عليه الفقهاء: (في هذا الباب أقاويل يظن من سمعها أن بعضها يخالف بعضا، وجملة هذا الباب أن الله تبارك وتعالى أمر بالنكاح وحض عليه الرسول ﷺ، وجعل الله المؤمنين بعضهم لبعض أولياء، فقال تعالى: ﴿ **وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ** ... (٧١) ﴾ (التوبة)، والمؤمنون في الجملة هكذا يرث بعضهم بعضا، فلو أن رجلا مات لا وارث له، لكان ميراثه للمسلمين، ولو جنى جناية لعقل عنه المسلمون، ثم تكون ولاية أقرب من ولاية، وقرابة أقرب من قرابة، فإنما يجوز النكاح على جهته، وبمن هو أولى بالمرأة، وبمن لو تشاجروا وترافعوا إلى الحاكم لجعل أمر المرأة إلى ذلك الرجل، فإذا كانت المرأة بموضع لا سلطان فيه، ولا ولي لها، فإنها تصير أمرها إلى من يوثق به من

---

(1) المحلى: 9/33.

(2) الأم: 7/222.

جيرانها، فيزوجها ويكون هو وليها في هذه الحال، لأن الناس لا بد لهم من التزويج، وإنما يعملون فيه بأحسن ما يمكن)[1].

قال ابن عبد البر تعقيبا على ما نقله من قول مالك: (وعلى هذا قال مالك في المرأة الضعيفة الحال إنه يزوجها من تسند أمرها إليه، لأنها ممن تضعف عن السطان، وأشبهت من لا سلطان بحضرتها، ورجعت في الجملة إلى أن المسلمين أولياؤها، ولذلك قال مالك في المرأة التي لها أولياء، إنه يزوجها ذو الرأي منهم، وإن كان أبعد إليها من غيره، على ما قال عمر بن الخطاب: (لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان)، لأن ذلك وجه من وجوه إنكاحها، بل هو أحسنه، لأنه لو رفع إلى الحاكم أمرها لأسنده إلى ذلك الرجل)[2].

ثانيا: أنواع الولاية:

تنقسم الولاية المتعدية[3] إلى الأنواع التالية[4]:

النوع الأول ـ الولاية الاختيارية:

تعريفها:

وهي الولاية التي تمكن صاحبها من إنشاء عقد الزواج بناء على اختيار المولى عليه.

أسماؤها:

وقد اختلف الفقهاء في تسميتها:

الحنفية في الراجح من مذهبهم: يسمونها ولاية ندب واستحباب، لأنه يستحب للولي مباشرة العقد نيابة عن المولى عليه بعد أن يتم الاختيار من جهته، كما يستحب للمولى عليه أن يكل مباشرة العقد للولي، في الوقت الذي يصح له أن يباشره بنفسه.

---

(1) التمهيد: 19/90.

(2) التمهيد: 19/90.

(3) هي المتعلقة بشئون غيره كأن يزوج ابنته أو حفيدته أو يتصرف في ماله وأولاده، وهي نوعان:

ولاية على النفس: وهي التي تتيح لصاحبها التصرف في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه كالتربية والتعليم والتزويج.

ولاية على المال: وهي التي تتيح لصاحبها التصرف في إنشاء العقود الخاصة بالأموال وتنفيذها.

(4) المبسوط: 5/2، بدائع الصنائع: 2/24، قواعد الأحكام: 2/192، الفروع: 5/172، التاج والإكليل: 5/54، أسنى المطالب: 3/127، وغيرها.

المالكية: يطلقون عليها ولاية اختيار حيث لا جبر فيها على المولى عليه.

الشافعية: يسمونها ولاية شركة لاشتراك كل من الولي والمولى عليه في اختيار الزوج، فلا يتم العقد إلا بتلك المشاركة، ولا فرق بينهما إلا أن الشافعية يمنعون تولي المولى عليه العقد لأنه امرأة.

من تثبت له:

هذه الولاية تثبت لكل الأولياء عموماً لا فرق بين ولي وولي فلا يراعى الترتيب بين الأولياء فيها.

من تثبت عليه:

تثبت هذه الولاية ـ باتفاق الفقهاء ـ على المرأة البالغة العاقلة إن كانت رشيدة، لكنهم اختلفوا في قيود أخرى غير هذه القيود الثلاثة على قولين[1]:

القول الأول: عدم اشتراط أي قيد آخر غير القيود الثلاثة سالفة الذكر، وهو مذهب الحنفية ووافقهم الحنابلة في إحدى الروايتين عندهم.

القول الثاني: أن تكون ثيبا، فإن كانت بكراً فالولاية عليها إجبارية، وهو مذهب الشافعية ورواية عند الحنابلة، ووافقهم المالكية في القول المشهور عندهم، فإنه ينص على أن البكر البالغة تثبت عليها ولاية الإجبار ولو بلغت ستين سنة أو أكثر.

الترجيح:

الأرجح هو أن للولاية نوعًا واحداً هو الولاية الاختيارية، أما الولاية التي يفرض فيه الزوج على المرأة، أو تفرض الزوجة على الرجل، فإن ذلك لا يصح شرعا مهما كانت المرأة، وقد رأينا سابقا بعض أدلة ذلك.

النوع الثاني ـ الولاية الجبرية:

وهي الولاية التي تمكن صاحبها من إنشاء عقد الزواج استقلالا دون تدخل من المولى عليه، وقد أطلق عليها بعض الفقهاء (ولاية استبدادية) لاستبداد الولي فيها إنشاء العقد دون مشاركة من المولى عليه.

---

(1) سنفصل الكلام في هذه المسالة في المبحث الثالث الخاص بمن تثبت عليه الولاية.

من تثبت عليه:

وهي تثبت على الصغير والبكر الصغيرة والمجانين والمعاتيه ذكوراً وإناثاً إذا وجدت مصلحة في تزويجهم باتفاق أصحاب المذاهب الأربعة، واختلف في ثبوتها على الثيب الصغيرة والبكر البالغة العاقلة كما سنبين في المبحث الثالث.

من تثبت له ولاية الإجبار:

اتفق الفقهاء على ثبوت ولاية الجبر للأب[1] بدليل تزويج أبي بكر الصديق ابنته عائشة لرسول الله ﷺ وهي صغيرة.

وحكم الجدِّ كحكم الأب في كثير من الأحكام حيث يتصرف في مالها كالأب فيأخذ حكمه في ثبوت الولاية، ويقتصر على هذين لوفور شفقتهما التي لا تتوفر في غيرهما من العصبات.

واختلف الفقهاء فيما عدا الأب والجد على ما يلي:

العصبات:

ذهب الحنفية إلى إثباتها للعصبات، واستدلوا بإجماع الصحابة، وبما روي عن علي رضي الله عنه (النكاح إلى العصبات)، فقد روى مرة موقوفاً عليه وأخرى مرفوعاً لرسول الله ﷺ، ولوجود الشفقة عند سائر العصبات غير أنهم لما كانوا مختلفين في قوة القرابة والشفقة اختلف الحكم في تزويجهم حيث يكون تارة لازماً، وأخرى غير لازم:

فيكون لازما في تزويج الأب والجد والابن بالكفء والمهر المناسب.

وفي تزويج غيرهم جعل للمولى عليه الخيار عند البلوغ إذا كان صغيراً أو الإفاقة إن كان مجنوناً ليتدارك الخطأ الذي يكون في تزويجهم.

الوصي:

ذهب المالكية والحنابلة في المشهور عندهم إلى إثباتها للأب ووصيه، لأن الوصي قائم مقام الأب واختياره يدل على ذلك، فإن الأب لا يختار وصياً لتزويج ابنته إلا إذا كان موفور الشفقة حريصاً على مصلحة ابنته.

(1) نص الشافعية والحنابلة بان من شروط تزويج الأب لابنته بغير إذنها أن لا يكون بينه وبينها عداوة ظاهرة، بأن يطلع عليها أهل محلها، فإن كان بينه وبينها عداوة ظاهرة فليس له تزويجها إلا بإذنها، بخلاف العداوة غير الظاهرة؛ لان الولي يحتاط لموليته لخوف العار وغيره،انظر: حاشية البجيرمي على المنهج:3/ 328.

غير أن المالكية يقيدون ولاية الإجبار للوصي بحالتي ما إذا عين الأب الزوج أو فوض له الأمر بأن يزوجها من يشاء، فإذا ملك الوصي الإجبار لا يزوجها إلا بمهر المثل وبالزوج الكفء بخلاف الأب فإنه يملك الإجبار مطلقاً.

عضل الولي للمولى عليها:

ومن معاني جبر الولي موليته ما يسمى بالعضل، وهو ما سنتناول أحكامه فيما يلي[1] :

تعريف العضل:

لغة: عضل الرجل حرمته عضلا - من بابي قتل وضرب - منعها التزويج، وعضل المرأة عن الزوج: حبسها، وعضل بهم المكان: ضاق، وأعضل الأمر: اشتد، ومنه: داء عضال أي شديد.

اصطلاحا[2] : منع المرأة من التزويج بكفئها إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه.

حكم العضل:

يختلف حكم العضل باختلاف سببه، ومن أسباب العضل:

السبب الأول: قصد الإضرار المجرد بها، كأن يعضل الولي من له ولاية تزويجها عن الزواج بكفئها، وهو حرام باتفاق الفقهاء؛ لأنه ظلم، وإضرار بالمرأة في منعها حقها في التزويج بمن ترضاه، وذلك لنهي الله تعالى عنه في قوله مخاطبا الأولياء: ﴿ ... **فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ** ... ﴿٢٣٢﴾ ﴾(البقرة) ومثله في التحريم أن يعضل الزوج زوجته، بمضارتها وسوء عشرتها والتضييق عليها حتى تفتدي منه بما أعطاها من مهر حرام؛ لأنه ظلم لها بمنعها حقها من حسن العشرة ومن النفقة، وقد نهى الله سبحانه وتعالى الأزواج عن ذلك في قوله تعالى: ﴿ ... **وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ** ... ﴿١٩﴾ ﴾(النساء).

---

(1) بدائع الصنائع: 2/249، الفروع: 5/180، المنثور في القواعد الفقهية: 1/433، الجوهرة المنيرة: 2/12، شرح الهجة: 4/115، الفتاوى الفقهية الكبرى: 4/102، الخرشي: 3/189، الموسوعة الفقهية: 30/144.

(2) ويستعمل هذا المصطلح في الخلع أيضا بمعنى: الإضرار بالزوجة بالضرب والتضييق عليها، أو منعها حقوقها من النفقة والقسم ونحو ذلك لتفتدي نفسها منه.

السبب الثاني: مراعاة مصلحة المرأة، كأن تطلب المرأة النكاح من غير كفء، فيمتنع عن تزويجها لمصلحتها، ولا شك في إباحة هذا النوع من العضل، ومثله في الإباحة تضييق الزوج على زوجته حتى تفتدي منه بما أعطاها من مهر، وذلك في حالة إتيانها الفاحشة، للنص على ذلك في الاستثناء الوارد في قوله تعالى: ﴿ **كَرْهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ...** (١٩) ﴾ (النساء).

متى يعتبر الولي عاضلا:

اتفق الفقهاء[1] على أنه إذا دعت المرأة الولي إلى تزويجها من كفء[2]، أو خطبها كفء، وامتنع الولي من تزويجه دون سبب مقبول، فإنه يكون عاضلا، واختلفوا في اعتبار المهر في ذلك على قولين:

القول الأول: لا اعتبار للمهر في ذلك، فسواء طلبت التزويج بمهر مثلها أو دونه، وهو قول الشافعية والحنابلة، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. أن المهر محض حقها وعوض يختص بها، فلم يكن للولي الاعتراض عليه.

2. أنها لو أسقطته بعد وجوبه سقط كله، فبعضه أولى.

القول الثاني: أن للمهر اعتبارا في ذلك، فلو امتنع عن تزويجها بسبب عدم مهر المثل، لا يعتبر عاضلا، وهو قول الحنفية[3].

الترجيح: الأرجح - فيما نرى - عدم اعتبار المهر سببا للعضل، لأنه حق للمرأة يجوز أن تتنازل على ما تشاء منه، فلا يصح عضلها عن الزواج بسببه، ولا يجوز للأولياء التدخل بسبب المهر، لأنه حق مطلق للمرأة.

---

(1) اشترط المالكية قصد الإضرار في العضل إذا كان الولي هو الأب، قال ابن القاسم: «لا يكون الأب عاضلا لابنته البكر البالغ في رده أول خاطب أو خاطبين حتى يتبين ضرره» «التاج والإكليل: 9/73»، واستدلوا على ذلك بما جبل الأب عليه من الحنان والشفقة على ابنته، ولجهلها بمصالح نفسها، إلا إذا تحقق أنه قصد الإضرار بها.

(2) لم يعتبر المالكية الكفاءة إلا في الدين، وفي المدونة سئل ابن القاسم: رأيت إن كانت ثيبا فخطب الخاطب إليها نفسها، فأبى والدها أو وليها أن يزوجها فرفعت ذلك إلى السلطان وهو دونها في الحسب والشرف إلا أنه كفء في الدين فرضيت به وأبى الولي؟ قال: يزوجها السلطان ولا ينظر إلى قول الأب والولي إذا رضيت به وكان كفئًا في دينه، قال: وهذا قول مالك. المدونة: 2/106.

(3) انظر: حاشية ابن عابدين: 3/82.

اختلاف المرأة ووليها في الاختيار:

اختلف الفقهاء فيما لو اختلفت المرأة ووليها في الاختيار، بأن دعت المرأة لكفء وأراد الولي تزويجها من كفء غيره على قولين:

القول الأول: كفء الولي أولى إذا كان الولي مجبرا، وهو قول المالكية والشافعية في الأصح، واستدلوا على ذلك بأنه أكمل نظرا منها، فإن لم يكن الولي مجبرا فالمعتبر من عينته.

القول الثاني: يلزم الولي إجابتها إلى كفئها إعفافا لها، فإن امتنع الولي عن تزويجها من الذي أرادته كان عاضلا، وهو قول الحنابلة ومقابل الأصح عند الشافعية، ورأي للحنفية.

الترجيح: الأرجح ـ فيما نرى ـ هو القول الثاني، لأن دور الولي ـ كما بينا سابقا ـ هو الوكالة عن المرأة في أمر تزويجها، وليس للوكيل أن يتصرف في غير الحدود التي رسمها له موكله.

اختلاف المرأة وزوجها في الإذن:

إذا اختلفت المرأة وزوجها في إذنها، فإن حكم ذلك يختلف بحسب الحالتين التاليتين[1]:

الحالة الأولى: حصول الاختلاف قبل الدخول:

اتفق الفقهاء على أن الثيب يقبل قولها ويرجح على وليها في حال الاختلاف قبل الدخول، واختلفوا في البكر على قولين:

القول الأول: أن القول قولها، وهو قول جمهور العلماء، واستدلوا على ذلك بأنها منكرة الإذن، والقول قول المنكر، ولأنه يدعي أنها استؤذنت وسمعت فصمتت، والأصل عدم ذلك.

القول الثاني: أن القول قول الزوج، وهو قول زفر، واستدل على ذلك بأنه متمسك بما هو الأصل، وهو السكوت والمرأة تدعي عارضا، وهو الرد فيكون القول قول من يتمسك

---

(1) لا يعتبر في هذه الحالة إنكار ورثة الزوج، بل يبقى القول قولها ؛ لأنه اختلاف في أمر يختص بها، صادر من جهتها، فالقول قولها فيه، كما لو اختلفوا في نيتها فيما تعتبر فيه نيتها، ولأنها تدعي صحة العقد، وهم يدعون فساده، فالظاهر معها، المغني: 7/36، وانظر: المبسوط :5/5.

بالأصل،مثل المشروط له الخيار مع صاحبه إذا اختلفا بعد مضي المدة فادعى المشروط له الخيار والرد وأنكره صاحبه فالقول قوله؛ لتمسكه بالأصل وهو السكوت.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو قول الجمهور، لأن الأصل الشرعي هو أن تحل كل الخلافات قبل الدخول، فذلك أقل ضررا من حلها بعد الدخول بالطلاق أو الخلع، وما الظن بامرأة تساق إلى زوجها سوقا، أي منفعة له فيها، وأي منفعة لها فيه؟.

الحالة الثانية: بعد الدخول:

إذا حصل الاختلاف بعد الدخول فإن القول قول الزوج؛ لأن التمكين من نفسها دليل على الإذن وصحة النكاح، فكان الظاهر معه، وقد اختلف الفقهاء في استحلاف المرأة للتأكد من صدق دعواها على قولين:

القول الأول: أنه لا يمين عليها كما لو ادعى زوجيتها فأنكرته، وبه قال أبو حنيفة والحنابلة، واستدلوا على ذلك بأنه اختلاف في الزوجية، فلا يثبت بالنكول، ولا يحلف المدعي معه، كما لو ادعى الزوج أصل التزويج فأنكرته.

القول الثاني: أنها تستحلف، وبه قال الشافعي، وأبو يوسف، ومحمد، وفي حال نكولها قال أبو يوسف، ومحمد: يثبت النكاح، وقال الشافعي: يستحلف الزوج، ويثبت النكاح.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو التحري واستعمال كل الوسائل للتحقق من صدق دعواها، لأن التمكين من نفسها ليلة البناء لا يكفي وحده للدلالة على موافقتها المسبقة على الزواج للظروف النفسية المرتبطة بذلك.

ومن الوسائل التي وضعها الشرع لذلك: اليمين، لقوله ﷺ: (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه)[1]، وقد بين ﷺ الحكمة في كون البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه بقوله ﷺ: (لو يعطي الناس بدعواهم لادعى

(1) مسلم: 3/1336، البخاري: 2/888، ابن حبان: 11/476، الترمذي: 3/626، الدارقطني: 4/157، أبو داود: 3/311، النسائي: 3/485.

ناس دماء رجال وأموالهم)، قال ابن حجر: الحكمة في ذلك لأن جانب المدعي ضعيف لأنه يقول خلاف الظاهر، فكلف الحجة القوية وهي البينة، لأنها لا تجلب لنفسها نفعا ولا تدفع عنها ضررا، فيقوى بها ضعف المدعي، وجانب المدعى عليه قوي، لأن الأصل أبرأ ذمته فاكتفى منه باليمين، وهي حجة كمال لأن الحالف يجلب لنفسه النفع ويدفع الضرر[1].

ولكن اليمين هنا لا يحلفها الزوج فقط، فقد لا يكون عالما بإجبارها، فيحلف على ما يعلمه، بل يكون الحلف أو التحري مع الولي الذي عقد الزواج، ومع الشهود الذين حضروا العقد، فإذا ثبت صدق دعواها بالتحري، فإنه يجعل لها الخيار في فسخ زواجها أو الاستمرار عليه.

---

(1) فتح الباري: 5/283.

المبحث الثاني
من تثبت له الولاية المتعدية

سنتناول في هذا المبحث من تثبت لهم الولاية المتعدية، بحسب مراتبهم، واختلاف الفقهاء في ذلك، ثم شروط هؤلاء الأولياء[1] .

أولا: مراتب الأولياء:

يمكن تصنيف مراتب الأولياء بحسب استحقاقهم للولاية للجهات التالية :

الجهة الأولى. العصبات:

وتشمل أقارب المولى عليه الذكور، والذي لم يدلوا إليه بأنثى مثلما هو الحال في العصبات في المواريث، وقد اختلف الفقهاء في بعض هؤلاء العصبات، وتفاصيل الاختلاف في ذلك فيما يلي :

الأب: اتفق الفقهاء على اعتبار الأب من الموالي المقربين، ولكنهم اختلفوا في ترتيبه مع الابن على قولين:

القول الأول: أولى الناس بتزويج المرأة أبوها، ولا ولاية لأحد معه، وهو قول الشافعي، وهو المشهور عن أبي حنيفة، واستدلوا على ذلك بما يلي :

1. أن ولاية الموهوب له على الهبة أولى من العكس، والولد كما نص الكتاب والسنة موهوب لأبيه، كما قال الله تعالى : ﴿ **وَوَهَبْنَا لِدَاوُودَ سُلَيْمَانَ نِعْمَ الْعَبْدُ إِنَّهُ أَوَّابٌ** ﴿٣٠﴾ ﴾ (ص) ، وقال تعالى : ﴿ **وَوَهَبْنَا لَهُ إِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ** ... ﴿٢٧﴾ ﴾ (العنكبوت) وقال زكريا عليه السلام : ﴿ ... **رَبِّ هَبْ لِي مِن لَّدُنكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً إِنَّكَ سَمِيعُ الدُّعَاءِ** ﴿٣٨﴾ ﴾ (آل عمران) ، وقال إبراهيم عليه السلام : ﴿ **رَبِّ هَبْ لِي مِنَ الصَّالِحِينَ** ﴿١٠٠﴾ ﴾ (الصافات) ، وقال ﷺ : (**أنت ومالك لأبيك**)[2] .

---

(1) راجع في هذا المبحث : المدونة :2/ 105 ،الام :4/ 127 ، بدائع الصنائع :2/ 250، المغني :7/ 10، الفروع :5/ 173، العناية شرح الهداية :3/ 274،التاج والإكليل :5/ 65 .

(2) قال في مجمع الزوائد : رواه أبو يعلي وفيه أبو حريز وثقه أبو زرعة وأبو حاتم وابن حبان وضعفه أحمد وغيره وبقية رجاله ثقات، رواه البزار والطبراني في الكبير وفي الأوسط منه، مجمع الزوائد :4/ 154، وانظر :البيهقي : 7/ 480، مسند الشافعي : 202، ابن ماجة : 2/ 769، المعجم الأوسط : 4/ 31، أحمد : 2/ 204، أبو يعلى :10/ 99 .

2. أن الأب أكمل نظرا، وأشد شفقة، فوجب تقديمه في الولاية، كتقديمه على الجد.

3. أن الأب يلي ولده في صغره وسفهه وجنونه، فيليه في سائر ما ثبتت الولاية عليه فيه، بخلاف ولاية الابن.

4. أن الولاية احتكام، واحتكام الأصل على فرعه أولى من العكس.

5. أن الميراث يختلف عن الولاية في عدم اعتبار النظر، ولهذا يرث الصبي والمجنون وليس فيه احتكام ولا ولاية على الموروث، بخلاف الولاية.

القول الثاني: أن الابن أولى، وهو قول مالك والعنبري، وأبي يوسف، وإسحاق، وابن المنذر، وهو رواية عن أبي حنيفة، واستدلوا على ذلك بأنه أولى منه بالميراث، وأقوى تعصيبا، ولهذا يرث بولاء أبيه دون جده.

الترجيح:

ليس هناك أي دليل على ترجيح أحدهما في هذه المسألة بعينه، ولا عبرة في الاستدلال على ذلك بالميراث، لأن محل التقديم في الميراث هو الحاجة والمسؤولية، لا القرب، فحق الأم في البر أعظم من حق الأب، ومع ذلك ترث دونه، وليس هناك دليل أيضا على أن الولاية في الزواج للأقرب فالأقرب، فيبنى الأمر على أساسها.

أما ما ذكره أصحاب القول الأول من أن الولاية احتكام، فليس في الولاية أي احتكام، لأن دور الولي ـ كما بينا ـ هو دور الوكيل خاصة إذا كانت الزوجة ـ كما في هذه المسألة ـ ثيبا، وقد أصاب أصحاب هذا القول في اعتبار شفقة الأب ونظره، ولكن الشفقة والنظر قد تكون في الابن ولا تكون في أبيه، وقد تكون في قريب آخر، فلماذا لا تعتبر الشفقة والنظر هي علة التقديم لا كونه أبا أو ابنا؟.

ولذلك، فإن الأرجح ـ فيما نرى ـ هو أن يوكل في الولاية أشفق الأقارب وأحرصهم على مصلحة المرأة، مهما كانت درجة قرابتهم، فإن اختلفوا في ذلك، أو كان ذلك سببا لتنازعهم، وكل الاختيار للمرأة لتوكل من يتولى أمر زواجها.

وللقرافي كلام جيد في هذا بين من خلاله العلل في اعتبار الولايات وتقديمها، اعتبر فيه أن القاعدة الشرعية في الولاية هي (أنه يقدم في كل ولاية من هو أقوم بمصالحها ولذلك قدم

في القضاء من هو أيقظ وأكثر تفطنا لوجوه الحجاج وسياسة الخصوم وأضبط للفقه ويقدم في الحروب من هو أعرف بمكايد الحروب وسياسة الجند والجيوش. ويقدم في الفتيا من هو أورع وأضبط لمنقولات الفقه، وفي أمانة الحكم على الأيتام من هو أعرف بتنمية الأموال وأعرف بمقادير النفقات والكلف والجدال في الخصام ليناضل عن الأيتام، ويقدم في سعاية الزكاة من هو أعرف بنصبها والواجب فيها وأحكام الزكاة من الاختلاط والافتراق وأقوى خرصا للثمار)[1].

وذكر تطبيقا لهذه القاعدة وهو في نفس الوقت من أقوى الأدلة على صحتها، أنه ربما كان المقدم في باب مؤخرا في باب آخر كما قدم الرجال في الحروب والإمامة وأخروا في الحضانة، وقدم النساء عليهم بسبب مزيد شفقتهن وصبرهن على الأطفال فكن لذلك أكمل في الحضانة من الرجال، فإن مزيد إنفاقهم يمنعهم من تحصيل مصالح الأطفال، فلهذه القاعدة قدم الابن على غيره فإنا نعلم بالضرورة أن ابن الإنسان أشفق عليه من ابن عمه لا سيما إذا بعد ويقدم كل ولي على غيره من الأولياء إذا كانت صفته أقرب وحاله على حسن النظر أكثر من غيره فيقدم لذلك.

الجد: وإن علت درجته وقد اختلف الفقهاء في ترتيب الجد على الأقوال التالية:

القول الأول: هو أحق بالولاية من الابن وسائر الأولياء، وهو قول الشافعي.

القول الثاني: أن الابن مقدم على الجد، وهو قول مالك ورواية عن أحمد.

القول الثالث: أن الأخ يقدم على الجد، وهو قول مالك ورواية عن أحمد، واستدلوا على ذلك بأن الجد يدلي بأبوة الأب، والأخ يدلي بالبنوة، والبنوة مقدمة.

القول الرابع: أن الجد والأخ سواء، وهو رواية عن أحمد، واستدل على ذلك بما يلي:

1. استوائهما في الميراث بالتعصيب، واستوائهما في القرابة، فوجب أن يستويا في الولاية كالأخوين، ولأنهما عصبتان لا يسقط أحدهما بالآخر، فاستويا في الولاية كالأخوين.
2. أن الجد له إيلاد وتعصيب، فيقدم عليهما، كالأب.
3. أن الابن والأخ يقادان بها، ويقطعان بسرقة مالها، والجد بخلافه.
4. أن الجد لا يسقط في الميراث إلا بالأب، والأخ يسقط به وبالابن وابنه، وإذا ضاق المال، وفي المسألة جد وأخ، سقط الأخ وحده، فوجب تقديمه عليهما كالأب.

(1) أنوار البروق :3/102.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو ما ذكرنا سابقا من إيكال الأمر إلى المرأة، وإلى شفقة القريب ونظره، وفي هذه المسألة بعينها نرى أن الأولى ـ في الحالة العامة ـ تقديم الأخ على الجد في التعرف على الخاطب والموافقة عليه، فالأخ أقرب سنا من أخته، وعلمه بمصالحها وحاجتها قد يكون أوفر من علم الجد ونظره.

لكنه من الناحية الشكلية يستحب تقديم الجد عند إجراء العقد، من باب توقير الكبير الذي أمرنا به، فقد خرج عبد الله بن سهل بن زيد ومحيصة بن مسعود بن زيد حتى إذا كانا بخيبر تفرقا في بعض ما هنالك، ثم إذا محيصة يجد عبد الله بن سهل قتيلا، فدفنه، ثم أقبل إلى رسول الله ﷺ هو وحويصة بن مسعود وعبد الرحمن بن سهل، وكان أصغر القوم، فذهب عبد الرحمن ليتكلم قبل صاحبيه، فقال له رسول الله ﷺ: (كبر الكبر في السن)، فصمت فتكلم صاحباه وتكلم معهما، فذكروا لرسول الله ﷺ مقتل عبد الله بن سهل فقال لهم: أتحلفون خمسين يمينا، فتستحقون صاحبكم أو قاتلكم، قالوا: وكيف نحلف ولم نشهد؟ قال: فتبرئكم يهود بخمسين يمينا قالوا: وكيف نقبل أيمان قوم كفار،فلما رأى ذلك رسول الله ﷺ أعطى عقله[1]، ووجه الاستدلال بالحديث واضح حيث نهى الصغار عن الحديث قبل الكبار.

وقد جاء شيخ يريد النبي ﷺ، فأبطأ القوم عنه أن يوسعوا له فقال النبي ﷺ: (ليس منا من لم يرحم صغيرنا ويوقر كبيرنا)[2]، وقال ﷺ: (ليس من أمتي من لم يجل كبيرنا ويرحم صغيرنا ويعرف لعالمنا حقه)[3].

وهذا من النواحي الإيجابية التي لا نزال نراها في مجتمعاتنا حيث يتولى العقد الكبير في السن، ولاية أو وكالة، وهو ما يرغب الشرع في المحافظة عليه، فلا خير في مجتمع يعزل كباره، ولا خير كذلك في مجتمع يتسلط كباره على صغاره.

الفروع:

وهم الأبناء وأبناؤهم وإن نزلوا، واختلف في اعتبارهم في الولاية على قولين:

---

(1) مسلم: 3/1291، الترمذي: 4/30، البيهقي: 8/118، النسائي: 4/208.

(2) الترمذي: 4/321، أحمد: 2/185، مجمع الزوائد :8/14، مسند الحميدي: 2/168.

(3) أحمد: 5/323، مجمع الزوائد: 1/127.

القول الأول: عدم صحة ولايتهم على الأم إلا أن يكون حاكما، فيلي بذلك، لا بالبنوة، وهو قول الشافعي، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. قول النبي ﷺ في رواية (أيما امرأة أنكحت بغير إذن مواليها فنكاحها باطل)[1]، والابن لا يسمى مولى.

2. أنه يدلي بها فلا يزوجها كتزويجها لنفسها فإن الفرع لا يكون أقوى من الأصل ولما أدلى بها صار في معناها.

3. أنه شخص لا تصح من أبيه الولاية، فلا تصح منه كابن الخال مع الخال.

القول الثاني: صحة ولايتهم على الأم، وهو قول الجمهور، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. ما روت أم سلمة رضي الله عنها (أنها لما انقضت عدتها، أرسل إليها رسول الله ﷺ يخطبها، فقالت: يا رسول الله: ليس أحد من أوليائي شاهدا، قال: ليس من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك. فقالت: قم يا عمر، فزوج رسول الله ﷺ فزوجه)[2].

2. أن المولى له معان كثيرة في لسان العرب، منها الناصر لقوله تعالى: ﴿... **فَإِنَّ اللَّهَ هُوَ مَوْلَاهُ وَجِبْرِيلُ وَصَالِحُ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمَلَائِكَةُ بَعْدَ ذَلِكَ ظَهِيرٌ** ④﴾ (التحريم)، أي ناصره ومنه قوله تعالى: ﴿**ذَلِكَ بِأَنَّ اللَّهَ مَوْلَى الَّذِينَ آمَنُوا وَأَنَّ الْكَافِرِينَ لَا مَوْلَى لَهُمْ** ⑪﴾ (محمد) أي لا ناصر لهم وهو كثير، والابن ناصر أمه فيكون هو مولاها.

3. أن الولاية من القرب لقول العرب: هذا يلي هذا أي يقرب منه، وابنها أقرب إليها من غيره، لأنه جزؤها وجزء الشيء أقرب إليه من الأمور الخارجة عنه.

4. قوة عقله الناشئة عن الذكورية وضعف عقلها الناشئ عن الأنوثة.

5. أنه جزء منها فيتعلق به عارها بخلاف أبيه وابن الخال، فإن ابن الخال بعيد عنها لا تسيئه فضيحتها كما تسيء ابنها، بل يجب أن يكون الابن مقدما على جميع الأولياء لأنه جزؤها وجزؤها أمس بها من الأمور الخارجة.

---

(1) البيهقي: 7/105، أبو داود: 2/229.

(2) النسائي: 3/286، ابن حبان: 7/212، البيهقي: 7/131، أحمد: 6/317.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو ثبوت ولاية الابن على أمه للعلل التي ذكرناها سابقا، وحديث أم سلمة صريح في ذلك، ولا يصح الاستدلال بلفظ (الموالي)، فهو يحتمل الدلالة على ما ذكروا احتمالا بعيدا، فقد يكون الراوي نقله بالمعنى، وفي حال ضبط نقله فإنه ليس هناك دليل شرعي على أن الابن لا يكون مولى على أمه، وقد قال تعالى: ﴿ ... **فَإِنَّ اللَّهَ هُوَ مَوْلَاهُ وَجِبْرِيلُ وَصَالِحُ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمَلَائِكَةُ بَعْدَ ذَلِكَ ظَهِيرٌ** ﴿٤﴾ ﴾ (التحريم).

أما قياس الابن على ابن الخال بجامع أن كليهما لا ولاية لأبيه، فهو قياس مع الفارق، ولا قياس مع النص، ثم ما الدليل على حجب ابن الخال من الولاية إن كان أهلا لها؟.

فروع الأبوين من الذكور:

وهم الإخوة سواء كانوا أشقاء أو لأب وأبناؤهم وإن نزلوا بالترتيب التالي:

الإخوة الأشقاء والإخوة لأب: اختلف الفقهاء في تقديم الإخوة الأشقاء على الإخوة لأب على قولين [1]:

القول الأول: الأخ الشقيق أولى، وهو قول أبي حنيفة، ومالك، والشافعي في الجديد ورواية عن أحمد، واستدلوا على ذلك بأنه حق يستفاد بالتعصيب، فقدم فيه الأخ من الأبوين، كالميراث وكاستحقاق الميراث بالولاء، فإنه لا مدخل للنساء فيه، وقد قدم الأخ للأبوين فيه.

القول الثاني: أنهما سواء في الولاية، وهو قول أبي ثور، والشافعي في القديم ورواية عن أحمد، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. أنهما استويا في الإدلاء بالجهة التي تستفاد منها العصوبة، وهي جهة الأب، فاستويا في الولاية، كما لو كانا من أب.
2. إنما يرجح الأخ لأب في الميراث بجهة الأم، ولا مدخل لها في الولاية، فلم يرجح بها، كالعمين أحدهما خال، وابني عم أحدهما أخ من أم.

---

(1) نفس الخلاف هنا نجده في بني الإخوة والأعمام وبنيهم.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو استواء الإخوة الأشقاء مع الإخوة لأب في الولاية، لأن الشرع لم يفرق بينهم إلا في المواضع التي تستدعي ذلك كالميراث، ولذلك اعتباراته الخاصة، فلا يصح أن نعمم ذلك في الجوانب الأخرى، لأن باب الولاية يختلف اختلافا كليا عن باب الفرائض.

أبناء الإخوة، ثم أولادهم وإن سفلوا: اتفق الفقهاء على أن ترتيبهم وترتيب من بعدهم مثل ترتيب العصبات في الميراث.

فروع الأجداد:

وهم الأعمام وأبناؤهم، وإن سفلوا، ثم عمومة الأب، وقد اتفق الفقهاء على هذا الترتيب،ولكنهم اختلفوا في إجبار العم لموليته – بنت أخيه – على الزواج على قولين:

القول الأول: أن العم ليس له حق إجبار موليته، فلا يزوج صغيرة بحال سواء كانت بكرا أو ثيبا، وسواء كانت عاقلة أو مجنونة، ولا يزوج كذلك كبيرة مجنونة سواء كانت بكرا أو ثيبا، وهو مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة.

القول الثاني: أن للعم ولغيره من الأولياء العصبة بأنفسهم إجبار الصغيرة سواء أكانت بكرا أم ثيبا عاقلة أو مجنونة، كما أنه له إجبار الكبيرة سواء كانت بكرا أو ثيبا إذا كانت مجنونة أو معتوهة، ومثل الصغيرة عندهم الولد الصغير، وكذا الكبير المجنون فللعم إجبارهما، وهو قول الحنفية والأوزاعي والحسن وعمر بن عبد العزيز وعطاء وطاووس وقتادة وابن شبرمة.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو عدم صحة إجبار أي كان على الزواج، حتى لو كان صغيرا أو مجنونا، وللإجبار محل واحد هو العضل عن الزواج بمن لا تتوفر فيه شروط الكفاءة، ولا يكون إلا بشروط نبينها في محلها.

ثانيا ـ أصحاب الولاية من غير العصبة:

وتثبت الولاية في غير العصبة للأصناف التالية:

ذوو الأرحام:

وهم أخو الأم، وعم الأم، وجد الأم، وبنو الأخوات والبنات والعمات، ونحوهم ممن يدلي بأنثى، وقد اختلف الفقهاء في ولايتهم عقد الزواج على قولين:

القول الأول: أن ذوي الأرحام لا يلون عقد الأنكحة، وهو قول الجمهور، واستدلوا على ذلك بأن الولاء شرع لحفظ النسب، فلا يدخل فيه إلا من يكون له نسب، حتى تحصل الحكمة لمحافظته على مصلحة نفسه، فذلك يكون أبلغ في اجتهاده في نظره في تحصيل الأكفاء ودرء العار عن النسب.

القول الثاني: أن ذوي الأرحام يلون عقد الأنكحة في حال عدم أقارب الورثة من أصحاب الفروض وذوي الأرحام، وهو قول الشافعي، وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة ونص عليه أحمد في مواضع، قياسا على حقهم في الميراث.

الترجيح:

بناء على الاعتبارات التي سبق ذكرها، فإن الأرجح تولي ذوي الأرحام العقد، لوجود قرابتهم بمن يتولون الولاية عليها، بل قد يكونون أولى من غيرهم، فالخال ـ مثلا ـ أقرب قرابة من ابن العم، فكيف يقدم ابن العم عليه.

أما اعتبار حرص العصبات على النسب، فقد بينا في فصل الكفاءة عدم صحة اعتبار الكفاءة في النسب، فكيف نفرق بين الأقارب الذين أمرنا شرعا بوصلهم سواء كانوا من جهة الأم أو من جهة الأب، لأجل الحفاظ على الأنساب التي نهينا شرعا، وفي قطعيات الدين قبل ظنياته، على اعتبارها أساسا للتفريق بين البشر، فكيف بالتفريق بين المسلمين، بل بين أفراد الأسرة الواحدة.

أما اعتبار درجاتهم في الإرث، فالمقاصد الشرعية من مراتب الورثة تختلف عن مقاصده من مراتب الولاية، فلا يصح قياس أحدهما على الآخر.

ولذلك فإن الأرجح هو جعل الأمر للمرأة لتختار من يتولى العقد نيابة عنها، بدون تفريق في ذلك بين أن يكون من العصبات أو من ذوي الأرحام.

المولى المنعم:

اتفق الفقهاء على أن المرأة إذا لم يكن لها عصبة من نسبها، أن مولاها يزوجها، فإن عدم المولى، أو لم يكن من أهل الولاية، كالمرأة والطفل والكافر، فعصباته الأقرب منهم فالأقرب،

على ترتيب الميراث، ثم مولى المولى، ثم عصباته من بعده، كالميراث تماما، فإن اجتمع ابن المعتق وأبوه، فالابن أولى؛ لأنه أحق بالميراث وأقوى في التعصيب، وإنما قدم الأب المناسب على الابن المناسب لزيادة شفقته وفضيلة ولادته، وهذا معدوم في أبي المعتق، فرجع به إلى الأصل.

الحاكم:

اتفق الفقهاء على أن للحاكم ولاية تزويج المرأة عند عدم أوليائها أو عضلهم، وسبب ولايته هو الإمامة، ويشترط لولايته شرطان:

الشرط الأول: أن لا يكون هناك ولي أصلا، لقوله ﷺ: (السلطان ولي من لا ولي له)[1].

الشرط الثاني: العضل من الولي؛ لأن الحرة البالغة العاقلة إذا طلبت الإنكاح من كفء وجب عليه التزويج منه؛ لأنه منهي عن العضل، والنهي عن الشيء أمر بضده، فإذا امتنع فقد أضر بها والإمام نصب لدفع الضرر فتنتقل الولاية إليه، ولا بأس أن ننقل هنا هذين النصين عن الإمام مالك لنرى مدى رعاية المقصد من الولاية دون الانشغال عنه بجزئيات الفروع.

فقد سئل الإمام مالك: أرأيت البكر إذا خطبت إلى أبيها فامتنع الأب من إنكاحها أول ما خطبت إليه، وقالت الجارية وهي بالغة: زوجني فأنا أحب الرجال، ورفعت أمرها إلى السلطان، أيكون رد الأب الخاطب الأول إعضالا لها، وترى للسلطان أن يزوجها إذا أبى الأب؟ قال: لم أسمع من مالك فيه شيئا إلا أني أرى إن عرف عضل الأب إياها وضرورته إياها لذلك، ولم يكن منعه ذلك نظرا إليها رأيت السلطان إن قامت الجارية بذلك، وطلبت نكاحه أن يزوجها السلطان إذا علم أن الأب إنما هو مضار في رده وليس بناظر لها؛ لأن النبي ﷺ قال: (لا ضرر ولا ضرار)، وإن لم يعرف فيه ضررا لم يهجم السلطان على ابنته في إنكاحها حتى يتبين له الضرر)[2].

وسئل في موضع آخر: أرأيت إن كانت ثيبا فخطب الخاطب إليها نفسها، فأبى والدها أو وليها أن يزوجها فرفعت ذلك إلى السلطان، وهو دونها في الحسب والشرف إلا أنه كفء في الدين فرضيت به وأبى الولي؟ قال: (يزوجها السلطان ولا ينظر إلى قول الأب والولي إذا رضيت به وكان كفئًا في دينه)[3].

---

(1) سبق تخريجه.

(2) المدونة:2/107.

(3) المدونة:2/108.

ومن هنا نرى محل الولاية العامة من الدين، فهي لا تكتفي بالمصالح العامة للمسلمين، بل تتدخل في المصالح الخاصة للأفراد لترعى حاجاتهم، وترعى ما يحبون وما يكرهون،وما أجمل تلك الصراحة التي يفيض بها كتاب في الفقه عندما يقول: (وقالت الجارية، وهي بالغة: زوجني فأنا أحب الرجال)، ولو قيلت هذه العبارة اليوم أمام بعض المتزمتين لملأ الدنيا صراخا عن الوقاحة وقلة الحياء.

وقد استدل الفقهاء على صحة ولاية الحاكم بما يلي:

1. قول النبي ﷺ: (فالسلطان ولي من لا ولي له)[1].
2. أن الذي زوج أم حبيبة للنبي ﷺ هو النجاشي في أرض الحبشة وأمهرها من عنده، وتزويج النجاشي لها حقيقة، فإنه كان مسلما، وهو أمير البلد وسلطانه. وقد تأول بعض العلماء ذلك على أنه ساق المهر من عنده، فأضيف التزويج إليه، وتأوله بعضهم على أنه كان هو الخاطب، والذي ولي العقد عثمان بن عفان، وقيل: عمرو بن أمية الضمري، قال ابن القيم: (والصحيح أن عمرو بن أمية كان وكيل رسول الله ﷺ في ذلك بعث به النجاشي يزوجه إياها، وقيل الذي ولي العقد عليها خالد بن سعيد بن العاص ابن عم أبيها)[2].
3. أن للسلطان ولاية عامة بدليل أنه يلي المال، ويحفظ الأعراض، فكانت له الولاية في النكاح كالأب.

الوصي:

اختلف الفقهاء في ثبوت الولاية للوصي على قولين:

القول الأول: صحة ثبوتها له، وهو قول المالكية مطلقاً والحنابلة في رواية.

القول الثاني: عدم صحة ثبوتها له،وهو قول الحنفية والشافعية، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. أن في إجازة تزويج الوصي إبطال للأولياء، إذا كان الأولياء أهل النسب.
2. أنه لا يصح اعتبار ذلك نيابة على الميت لأن الميت لا ولاية له على حي فكيف يلي بولاية الميت.

---

(1) سبق تخريجه.

(2) حاشية ابن القيم: 6/70.

الترجيح:

نرى أن الأرجح هو قبول ولاية الوصي، مع مراعاة الاعتبارات السابق ذكرها، وأهمها قبول المرأة ولايته عليها.

من أسلمت المرأة على يديه:

اختلف الفقهاء في تولي من أسلمت المرأة على يديه أمر تزويجها على قولين:

القول الأول: أنه ليس له ذلك، بل ذلك للحاكم، وهو قول الجمهور، لأنه ليس من عصبتها، ولا يعقل عنها، ولا يرثها، فأشبه الأجنبي.

القول الثاني: أنه يستطيع أن يلي أمر تزويجها كعصبتها، وهو قول إسحاق ورواية عن أحمد، وكان الحسن لا يرى بأسا أن يزوجها نفسه، استدلالا بما روى عن تميم الداري رضي الله عنه أنه قال: يا رسول الله، ما السنة في الرجل يسلم على يد الرجل من المسلمين؟ قال: هو أولى الناس بمحياه ومماته[1].

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو القول الثاني، لا للحديث الوارد فيها، فقد قيل بضعفه، وعدم انتهاضه دليلا، ولكن لأجل المصلحة التي تنجر عن ذلك سواء للمرأة أو لمن دعاها إلى الإسلام.

أما المرأة، فإن الذي قدر على إقناعها بالإسلام أعرف الناس بها، وأحرصهم على مصلحتها وثباتها على الإسلام، بخلاف الحاكم الذي قد لا يدرك ذلك من المرأة.

أما الرجل، فهو جزاء له على هذا العمل العظيم الذي هو الدعوة لله تعالى، وقد أمرنا شرعا بإنزال الناس منازلهم، والاعتراف بفضائل أعمالهم، والسنة النبوية المطهرة مملوءة بالآثار التي تثبت ذلك.

---

(1) رواه البخاري تعليقا، وقال: واختلفوا في صحة هذا الخبر، البخاري: 6/2473، وقال الترمذي: هذا حديث لا نعرفه إلا من حديث عبد الله بن وهب، ويقال موهب عن تميم الداري، وقد أدخل بعضهم بين عبد الله بن وهب وبين تميم الداري قبيصة بن ذؤيب، ولا يصح رواه يحيى بن حمزة عن عبد العزيز بن عمر وزاد فيه قبيصة بن ذؤيب، قال: والعمل على هذا الحديث عند بعض أهل العلم، وهو عندي ليس بمتصل، الترمذي: 4/427، وانظر: الدارمي: 2/471، البيهقي: 10/296، الدارقطني: 4/181، أبو داود: 4/88، ابن ماجة: 2/919، أحمد: 4/102.

جماعة المسلمين:

إن لم يوجد للمرأة ولي ولا ذو سلطان تولى تزويجها جماعة المسلمين، بأن تأذن لواحد منهم أو جماعة أن يتولوا ذلك، لأن اشتراط الولي هاهنا يمنع النكاح بالكلية، فلم يجز، كاشتراط المناسب في حق من لا مناسب لها.

ولا نرى ضرورة الترتيب بين الحاكم وجماعة المسلمين، خاصة في واقعنا الذي نعيشه، فيمكن لجماعة المسلمين أن تنوب عن الحاكم في هذا الأمر خاصة عند عجز المرأة عن الذهاب للحاكم، أو عدم وجود الحاكم الذي تتوفر فيه الخصائص الشرعية، أو عدم تفرغه لمثل هذه الأمور.

ويمكن لجماعة المسلمين أن تكون لجنة مختصة بذلك ممن تتوفر فيهم الشروط الشرعية للقيام بهذا العمل، أو تكون جمعية تهتم بأمور الزواج، فتلجأ إليها النساء في حال انعدام الولي أو عضله أو عدم اهتمامه بحاجات موليته، مع اشتراط العدالة التامة في أفراد هذه الجمعية التي تنوب عن الحاكم في النظر في أهم شؤون المسلمين من أعراضهم وأسرهم.

الوكيل:

اتفق الفقهاء على جواز توكيل كل ولي ممن سبق ذكرهم، من يقوم مقامه سواء كان الولي حاضرا أو غائبا، وقد روي أن النبي ﷺ وكل أبا رافع في تزويجه ميمونة، ووكل عمرو بن أمية في تزويجه أم حبيبة، ولأنه عقد معاوضة، فجاز التوكيل فيه كالبيع، وسنرى تفاصيل أحكام الوكالة في محلها من المبحث الرابع من هذا الفصل.

آثار الترتيب بين الأولياء:

بناء على ما سبق ذكره من الترتيب بين الأولياء وخلاف العلماء في ذلك، فقد ذكر العلماء بعض المسائل تترتب عن ذلك الترتيب نلخصها فيما يلي [1]:

الافتيات في الولاية:

اختلف الفقهاء في حكم الافتيات [2]في الولاية، وهو تزويج المرأة وليها الأبعد مع وجود الولي الأقرب، الذي هو الأحق بولاية العقد على قولين:

---

(1) الإنصاف للمرداوي: 8/77، منار السبيل: 2/142، المغني: 7/23، إعانة الطالبين: 2/130، الإقناع للشربيني: 2/411، فتح الوهاب: 2/63، البحر الرائق: 3/119، مواهب الجليل: 3/437.

(2) هو الاستبداد بالرأي، والسبق بفعل شيء دون استئذان من يجب استئذانه، أو من هو أحق منه بالأمر فيه، والتعدي على حق من هو أولى منه. واستعمله الفقهاء بهذا المعنى،الموسوعة الفقهية: 5/280.

القول الأول: يصح العقد برضاها بالقول دون السكوت، وهو قول الحنفية[1] والمالكية، وزاد المالكية شرطا آخر، وهو ألا يكون الأقرب غير مجبر[2]، فإن كان الأقرب مجبرا كالأب فإنه لا يصح العقد، واستدلوا على ذلك بأن هذا ولي له أن يزوجها بإذنها كالأقرب.

القول الثاني: لا يصح العقد مطلقا،وهو قول الشافعية والحنابلة والظاهرية،وقول المالكية إن كان الولي المفتات عليه مجبرا، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. أنه لو جاز إنكاح الأبعد مع وجود الأقرب لجاز إنكاح كل من على وجه الأرض لأنه يلقاها بلا شك في بعض آبائها.
2. أن الأبعد كالأجنبي عند حضرة الأقرب فيتوقف عقده على إجازة الولي.
3. إن هذا مستحق بالتعصيب فلم يثبت للأبعد مع وجود الأقرب كالميراث وبهذا فارق القريب البعيد.

الترجيح:

نص الفقهاء على هذه المسألة بناء على ما سبق ذكره من الترتيب بين الأولياء، وقد ذكرنا أن الأساس في هذا الترتيب هو قياسهم الولي في الزواج على الورثة في الفرائض، بدليل عزل ذوي الأرحام عن الولاية، ولا يصح هذا القياس لعدم الاشتراك في العلة.

لذلك ذكرنا أن أحقية الولاية ترتبط ارتباطا كبيرا باختيار المرأة المتولى عليها، فلا يصح أن يتولى عليها من لا ترغب في ولايته، أو من تعتقد أنه يصيبها ضرر بولايته، ولهذا أقر رسول الله ﷺ أم سلمة عندما قالت لابنها: (يا عمر، قم فزوج رسول الله ﷺ، فزوجه)[3]، فالفقهاء نظروا إلى هذا الحديث من باب قرب الولي وأحقيته في الترتيب، ولكن الحديث يحتمل نظرة أخرى، وهي أن المتولى عليها هي التي اقترحت، أو بالاصطلاح الحديث رشحت من يتولى عليها، فلا يصح أن نطلب الشورى في الولاية العامة، ونرفضها في الولاية الخاصة.

---

(1) البحر الرائق: 119/3.

(2) اختلف قول المالكية في هذه المسألة، فقيل: إن أنكح الأبعد مع وجود الأقرب نفذ، وقيل ينظر فيه السلطان، وقيل للأقرب أن يفسخه ما لم يدخل بها، وذلك موضع الإجبار،فإنه لا خلاف في المذهب في فسخ الأب البكر مع حضوره إلا إذا عقد الأخ نكاح أخته البكر بغير إذن أبيها، فإن كان بأمر أبيه جاز إن أجازه الأب، انظر: القوانين الفقهية: 134.

(3) النسائي: 286/3، ابن حبان: 212/7، البيهقي: 131/7، أحمد: 317/6.

تزويج الأبعد عند غياب الأقرب:

اختلف الفقهاء في تولي الأبعد أمر التزويج عند غياب الأقرب على القولين التاليين:

القول الأول: إن كان الأقرب غائبا غيبة منقطعة فللأبعد أن يزوجها، وهو قول الحنفية[1]، واستدلوا على ذلك بأن الغاية من الولاية هي النظر للمولى عليه حتى لا يثبت إلا على من هو عاجز عن النظر لنفسه، وجعل الأقرب مقدما؛ لأن نظره لها أكثر لزيادة القرب، ثم النظر لها لا يحصل بمجرد رأي الأقرب، بل رأي حاضر منتفع به، وقد خرج رأيه من أن يكون منتفعا به في هذه الحال بهذه الغيبة، فالتحق بمن لا رأي له أصلا كالصغير والمجنون، ورأي الأبعد خلف عن رأي الأقرب.

القول الثاني: لا يزوجها أحد حتى يحضر الأقرب،وهو قول زفر، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. أن الأبعد محجوب بولاية الأقرب وولايته باقية بعد الغيبة إذ لا تأثير للغيبة في قطع الولاية.
2. أن الولاية من حق الولي ليطلب به الكفاءة فلا يبطل شيء من حقوقه بالغيبة، والدليل عليه أنه لو زوجها حيث هو جاز النكاح فدل أن ولاية الأقرب باقية.
3. أن ولاية السلطان متأخرة عن ولاية الأبعد فإذا لم تثبت الولاية للأبعد فالسلطان أولى بخلاف ما إذا عضلها؛ لأنه ظالم في الامتناع من إيفاء حق مستحق عليه فيقوم السلطان مقامه في دفع الظلم.

القول الثالث: أن يزوجها في هذه الحالة السلطان، وهو قول الشافعية والمالكية[2]، واستدلوا على ذلك بأنه إذا تعذر عليها الوصول إلى حقها من جهة الأقرب مع بقاء ولايته، يزوجها السلطان كما لو عضلها الأقرب.

---

(1) اختلف الحنفية في مدة الغيبة على أقوال كثيرة أدناها أن مدة السفر تكفي لذلك، وهو ثلاثة أيام ولياليها؛ لأنه ليس لأقصى مدة السفر نهاية فيعتبر الأدنى، وأقصاها من المشرق إلى المغرب، المبسوط :4/220.

(2) نص المالكية على أن الحاكم أو غيره من الأولياء كأخ وجد إذا زوج المرأة المجبرة بكرا كانت أو ثيبا صغيرة أو كبيرة مجنونة في غيبة أبيها غيبة قريبة كعشرة أيام ونحوها فإن التزويج يفسخ، وإن ولدت الأولاد أو أجازه الأب ما لم يتبين ضرر الأب بها وإلا زوجت ويصير كالعاضل الحاضر فتتقدم إلى الإمام إما أن يزوجها وإلا زوجها عليه، وأن للحاكم كذلك أن يزوج ابنة المجبر إذا غاب عنها غيبة بعيدة وغايتها كما قاله مالك مسافة إفريقية أي القيروان، أما في حال كون الولي الأقرب غير مجبر فإنه إذا غاب غيبة مسافتها من بلد المرأة ثلاث ليال أو نحوها ودعت =

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو القول الأول، أي أن غيبة الولي الأقرب الطويلة تخول لموليته اختيار من ينوب عنه في الولاية، سواء كان الحاكم أو جماعة المسلمين أو غيرهم، لأن مصلحة تزويج المرأة من الكفء إذا حضر أهم من رعاية أولوية الأولياء.

ولهذا يستغرب قول زفر، ويستغرب كذلك أن يحصل الخلاف عند المالكية في هذه المسألة، وهي كما نص عليها صاحب مواهب الجليل: (إذا غاب الأب غيبة انقطاع، فإن كانت حياته معلومة ومكانه معروفا إلا أن استئذانه يتعذر، وهي بالغة،فاختلف في جواز نكاحها، فقال مالك: يزوجها الإمام إن رفعت إليه،وقال عبد الملك: لا يجوز إنكاحها في حياة الأب بوجه، وقال ابن وهب: إن قطع عنها النفقة جاز إنكاحها برضاها، وإن أكرهها لم يجز)[1].

فإن مالكا في هذه المسألة اعتبر طول غيبة الأقرب ضررا بها فقاسه على ما لو عضلها؛ لأن كلا الأمرين نتيجته واحدة، فسواء عليه أن يعضلها بوجوده أو يعضلها بفقده مع اشتراط وجوده، وهي نظرة مصلحية ثاقبة.

أما ربط ذلك بالنفقة، فإنه لا يصح اعتبار النفقة هي الحاجة الوحيدة للإنسان، فالزواج من حاجاته، والمرأة إذا ضيعت الكفء، الذي قد لا تظفر به بعد حضور وليها، أضر عليها من عدم النفقة.

ومثل هذه المسألة ما لو كان الأب أسيرا أو فقيدا، فقد حصل الخلاف فيها بين المالكية كما سبق بيانه فقيل: إن الإمام يزوجها إذا دعت إلى ذلك، وإن كانت في نفقته وأمنت عليها الضيعة، وهو فهم صحيح لحاجات المرأة، وقيلت أقوال أخرى فيها ضرر على المرأة منها قول عبد الملك أنه ليس لهم ذلك إلا بعد أربع سنين من يوم فقده، وقول أصبغ: لا تزوج بحال، ولسنا ندري الأسس التي يقوم عليها هذا القول الذي يحكم على امرأة بعدم الزواج الذي قد يكون واجبا في حقها، لغيبة شرط من الشروط، نص أكثر الفقهاء، ونصت أكثر الأدلة على شكليته.

= لكفء وأثبتت ما تدعيه من الغيبة والمسافة والكفاءة فإن الحاكم يزوجها لا الأبعد؛ لأن غيبة الأقرب لا تسقط حقه والحاكم وكيل الغائب انظر: الخرشي :3/186، ولهم حكم خاص في التفريق بين الشريفة والدنيئة في ذلك.

(1) مواهب الجليل :3/437.

اشتراك الأولياء في الدرجة:

اختلف الفقهاء فيما إذا اجتمع للمرأة اثنان أو أكثر من الأولياء المتساوين في جهة القرابة والدرجة والقوة كالإخوة الأشقاء، أو الأب والأعمام واختلفوا فيما بينهم، فطلب كل منهم أن يتولى العقد، وحكم هذه المسألة يتجلى من خلال الحالتين التاليتين:

الحالة الأولى: عند اتحاد الخاطب:

اختلف الفقهاء في حالة اتحاد الخاطب على الأقوال التالية:

القول الأول: يقرع بينهم قطعا للنزاع، ولتساويهم في الحق، وتعذر الجمع بينهم، فمن خرجت قرعته زوج، فإن سبق غير من خرجت له القرعة فزوج، وقالت: أذنت لكل واحد منهم صح التزويج،وهوقول الشافعية والحنابلة، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. أنه صدر من ولي كامل الولاية بإذن موليته فصح منه، كما لو انفرد بالولاية.
2. أن القرعة شرعت لإزالة المشاحة لا لسلب الولاية.

القول الثاني: ينظر الحاكم فيمن يراه أحسنهم رأيا ليتولى العقد، وهو قول المالكية.

القول الثالث: يكون لكل واحد منهم أن يتولى العقد ويزوج، رضي الآخر أو سخط، إذا كان التزويج من كفء وبمهر المثل.

الترجيح:

نرى أن الأرجح هو القول الثالث بشرط قبول المرأة بولاية من يتولى عليها، فإن خشي أن يتعسف الأولياء في استعمال هذا الحق، فالأولى الأخذ بالقول الثاني، فيتولى الحاكم أو جماعة المسلمين ما يرونه من الولاية عليها، أو اختيار من يتولى عليها، أما القرعة فلا نرى لها محلا هنا، لأن المتنازع عليه، وهو الولاية على المرأة، موجود، يمكنه أن يفصل في الأمر وهو واع عاقل بدل القرعة التي لا تعي ولا تعقل.

الحالة الثانية: عند تعدد الخطاب:

نص الحنفية على أن التزويج في هذه الحالة لمن ترضاه المرأة؛ لأن لها الحق عندهم أن تزوج نفسها من كفء إذا كانت بالغة رشيدة، ولا يزوجها إلا الولي الذي ترضاه بوكالة.

فإن لم تعين المرأة واحدا من المستوين درجة وقرابة، وأذنت لكل منهم بانفراده، أو قالت: أذنت في فلان، فمن شاء منكم فليزوجني منه، صح التزويج من كل واحد منهم؛ لوجود سبب الولاية في كل واحد منهم كما يقول الجمهور.

تولي الولي طرفي العقد[1]:

وصورة ذلك أن تكون للولي ولاية من الجانبين، سواء كانت ولايته أصلية، كالولاية الثابتة بالملك والقرابة، أو دخيلة كالولاية الثابتة بالوكالة؛ بأن كان العاقد مالكا من الجانبين كالمولى إذا زوج أمته من عبده، أو كان وليا من الجانبين، كالجد إذا زوج ابن ابنه الصغير من بنت ابنه الصغيرة، والأخ إذا زوج بنت أخيه الصغيرة من ابن أخيه الصغير أو كان أصيلا ووليا كابن العم إذا زوج بنت عمه من نفسه، أو كان وكيلا من الجانبين، أو رسولا من الجانبين، أو كان وليا من جانب ووكيلا من جانب آخر.

وقد اختلف الفقهاء في حكم هذا النوع من الولاية على قولين:

القول الأول: ينعقد الزواج بعاقد واحد، وهو قول الحنفية والمالكية، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. قوله تعالى: ﴿ **وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتَامَى النِّسَاءِ اللَّاتِي لا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنكِحُوهُنَّ وَالْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الْوِلْدَانِ وَأَن تَقُومُوا لِلْيَتَامَىٰ بِالْقِسْطِ وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِهِ عَلِيمًا** ﴿١٢٧﴾ ﴾ (النساء)، وقد نزلت هذه الآية في اليتيمة تكون في حجر وليها، ووجه الاستدلال بالآية الكريمة أن قوله تعالى: ﴿ **لا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنكِحُوهُنَّ** ﴾ خرج مخرج العتاب، فدل على أن الولي يقوم بنكاح وليته وحده، إذ لو لم يقم وحده به لم يكن للعتاب معنى، لما فيه من إلحاق العتاب بأمر لا يتحقق.
2. قوله تعالى: ﴿ **وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ** ... ﴿٣٢﴾ ﴾ (النور)، فقد أمر تعالى بالإنكاح مطلقا من غير فصل بين الإنكاح من غيره أو من نفسه.

---

(1) أحكام القرآن لابن العربي: 1/407، بدائع الصنائع: 2/231، الغرة المنيفة: 139.

3. ما روي عن عقبة بن عامر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال لرجل: أترضى أن أزوجك فلانة، قال: نعم وقال للمرأة: أترضين أن أزوجك فلانا قالت: نعم، فزوج أحدهما صاحبه[1].

4. قال عبدالرحمن بن عوف رضي الله عنه لأم حكيم بنت قارظ أتجعلين التابعين إلي قالت: نعم قال: فقد تزوجتك[2].

5. أن الوكيل في باب النكاح ليس بعاقد بل هو سفير عن العاقد ومعبر عنه، بدليل أن حقوق النكاح والعقد لا ترجع إلى الوكيل، وإذا كان معبرا عنه وله ولاية على الزوجين؛ فكانت عبارته كعبارة الموكل؛ فصار كلامه ككلام شخصين فيعتبر إيجابه كلاما للمرأة، وقبوله كلاما للزوج، فيقوم العقد باثنين حكما والثابت بالحكم ملحق بالثابت حقيقة.

6. أنه ليس للتعبد مدخلا في هذا، وإنما أعلم الله تعالى الخلق ارتباط العقد بالولي.

القول الثاني: لا يجوز له أن يتولى طرفي العقد بنفسه، فيكون ناكحا منكحا حتى يقدم الولي من ينكحها، وهو قول الشافعية وزفر من الحنفية، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. أن تعديد الناكح والمنكح والولي تعبد، فإذا اتحد اثنان منهم سقط واحد من المذكورين في الحديث حين قال: (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل)[3]، وقوله ﷺ: (كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح الخاطب والولي وشاهدا عدل)[4].

2. أن ركن النكاح اسم لشطرين مختلفين وهو: الإيجاب والقبول، فلا يقومان إلا بعاقدين كشطري البيع.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو القول الثاني لاحتمال التهمة بسبب ولايته عليها، فيتزوجها من غير استئمارها رغبة في مالها أو جمالها، مع كون غيره أكفأ لها منه، أما الدليل

---

(1) تتمة الحديث: «ولم يفرض لها صداقا، ولم يعطها شيئا، وكان ممن شهد الحديبية، وكان له سهم بخيبر،فلما حضرته الوفاة قال إن رسول الله ﷺ زوجني فلانة ولم أفرض لها صداقا، ولم أعطها شيئا، وإني أشهدكم أني أعطيتها صداقها سهمي بخيبر، فأخذت سهما فباعته بمائة ألف»، قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط البخاري ولم يخرجاه، انظر: المستدرك: 2/198، أبو داود: 2/238، ابن حبان: 9/381، البيهقي: 7/230.

(2) البخاري: 5/1972.

(3) سبق تخريجه.

(4) سبق تخريجه.

القرآني الذي ساقوه عن جواز تولي الولي زواجه من اليتيمة التي تكون في حجره فإن قصة نزوله تؤيد ما ذكرنا من ترجيح.

فعن عروة بن الزبير أنه سأل عائشة عن قول الله تعالى: ﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلاَّ تَعُولُوا (٣)** ﴾ (النساء)، فقالت: يا ابن أختي، هي اليتيمة تكون في حجر وليها تشاركه في ماله، فيعجبه مالها وجمالها، فيريد وليها أن يتزوجها بغير أن يقسط في صداقها، فيعطيها مثل ما يعطيها غيره، فنهوا أن ينكحوهن إلا أن يقسطوا لهن ويبلغوا بهن أعلى سنتهن من الصداق، وأمروا أن ينكحوا ما طاب لهم من النساء سواهن، قالت عائشة: ثم إن الناس استفتوا رسول الله ﷺ بعد هذه الآية فيهن فأنزل الله تعالى: ﴿ **وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتَامَى النِّسَاءِ اللاَّتِي لا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنكِحُوهُنَّ ... (١٢٧)** ﴾ (النساء)، قالت: والذي ذكر الله تعالى أنه يتلى عليكم في الكتاب الآية الأولى التي قال الله فيها: ﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلاثَ وَرُبَاعَ ... (٣)** ﴾ (النساء)، وقول الله تعالى في الآية الأخرى: ﴿ **... وَتَرْغَبُونَ أَن تَنكِحُوهُنَّ ... (١٢٧)** ﴾ رغبة أحدكم عن اليتيمة التي تكون في حجره حين تكون قليلة المال والجمال، فنهوا أن ينكحوا ما رغبوا في مالها وجمالها من يتامى النساء إلا بالقسط من أجل رغبتهم عنهن)[1].

ولذلك فإن الحكم الشرعي في المسألة لا يمكن استنباطه من الآية الثانية مبتورة عن القيود التي وضعتها الآية الأولى، والقيود التي نراها ونلمسها في واقعنا لا تتعلق فقط بمقدار الصداق، وإنما تتعلق فوق ذلك بالكفاءة والرغبة، فلا يصح أن يتزوج شيخ عجوز يتيمة شابة، فيعقد قرانه عليها من غير إحضار أطراف أخرى تتحقق من ملابسات هذا الزواج، ومدى صدق رغبة اليتيمة في الزواج بوليها.

أما حديث عقبة بن عامر، فهو في الإجراء الشكلي من الولاية، وليس فيها لمن تولى الزواج أي مصلحة شخصية في ذلك بخلاف من يتزوج اليتيمة، فيكون هو الخصم والحكم.

---

(1) البخاري: 2/883، مسلم: 4/2313، أبو داود: 2/224، النسائي: 3/315، البيهقي: 7/141، الدارقطني: 3/264، ابن حبان: 9/382.

أما حديث عبد الرحمن بن عوف، والذي ذكره البخاري في صحيحه، وترجم له بقوله: (باب إذا كان الولي هو الخاطب)، فإن قصة ذلك كما في الفتح: أن أم حكيم بنت قارظ قالت لعبد الرحمن بن عوف: أنه قد جاء غير واحد يخطبني، فزوجني أيهم رأيت، قال: وتجعلين ذلك إلي؟ فقالت: نعم قال: قد تزوجتك، قال ابن أبي ذئب: فجاز نكاحه[1]، فلا دلالة له على ذلك، بل إن دلالته على شكلية الولاية، وكأن المرأة هنا ـ وقد ظهر من خلال كلامها مايدل على رغبتها في هذا الصحابي الجليل ـ هي التي أرادت الزواج منه، فوكلته النطق بالإيجاب نيابة عنها.

وإذا كان الأمر على هذا الشكل وخلت الولاية من التهمة، فلا بأس أن يتولى العقد طرف واحد، كأن يزوج الجد ابن أخيه من بنت أخيه، ومع ذلك يستحب من باب التعبد وجود طرف آخر ليتمحض الولي على المرأة للولاية فقط، وقد ذكر القرطبي في المسألة قولا ثالثا، هو الحل الوسط للمسألة، وهو قوله: (وفي المسألة قول ثالث، وهو أن تجعل أمرها إلى رجل يزوجها منه، روى هذا عن المغيرة بن شعبة، وبه قال أحمد ذكره ابن المنذر)[2].

شروط الولاية المتعدية:

يشترط في الولي الشروط التالية[3]:

1ـ كمال الأهلية:

ويتحقق كمال الأهلية بالشروط التالية:

العقل:

اتفق الفقهاء على اعتبار العقل من شروط الولاية، لأن القصد من الولاية هو مصلحة المولى عليه عند عجزه عن النظر لنفسه، ومن لا عقل له لا يمكنه النظر في مصلحة نفسه، فكيف بمصلحة غيره، وهو لذلك لا يلي نفسه، فغيره أولى.

ويستوي في هذا من لا عقل له لصغره كطفل، أو من ذهب عقله بجنون أو كبر، كالشيخ الهرم، أما الإغماء فإنه لا يزيل الولاية؛ لأنه يزول عن قرب، فهو كالنوم، ومثله من كان يجن جنونا متقطعا، فإنه لا تزول ولايته؛ لأنه لا يستديم زوال عقله، فهو كالإغماء.

---

(1) فتح الباري: 9/189 .

(2) القرطبي: 5/15 .

(3) المغني: 7/16، التاج والإكليل: 5/71، تبيين الحقائق: 5/218، تحفة المحتاج: 10 /419، الخرشي: 3/187 .

واتفق الفقهاء كذلك على عدم اشتراط سلامة الحواس، فلا يشترط كونه ناطقا، بل يجوز أن يلي الأخرس إذا كان مفهوم الإشارة؛ لأن إشارته تقوم مقام نطقه في سائر العقود والأحكام، فكذلك في النكاح، ولا يشترط البصر[1]، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. أن المقصود في النكاح يعرف بالسماع والاستفاضة، فلا يفتقر إلى النظر.

2. أن ابن عباس رضي الله عنه قال: إن شعيبا عليه السلام زوج، وهو مكفوف البصر[2].

الحرية:

اختلف الفقهاء في اعتبار الحرية شرطا في الولاية على قولين:

القول الأول: اعتبارها شرطا في الولاية، وهو قول جمهور العلماء، لأن العبد لا ولاية له على نفسه، فعلى غيره أولى.

القول الثاني: عدم اعتبارها شرطا في الولاية، وهو مذهب الحنفية، بناء منهم على أن المرأة تزوج نفسها.

الترجيح:

نرى رجحان القول الثاني لعدم التناقض بين الرق ـ كما هو في الشريعة الإسلامية ـ وبين الحقوق التي اعتبرها الشرع لهذا الرقيق، فقد كان في الرقيق العلماء والصالحون، وهم أولى من حيث العدالة من غيرهم من الأولياء، خاصة، وقد علمنا حدود دور الولي[3].

2ـ الإسلام:

اتفق الفقهاء على أنه لا يثبت لكافر ولاية على مسلمة[4]، قال ابن المنذر: أجمع عامة من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا، ومن الأدلة التي استدل بها الفقهاء على ذلك: أنه لا

---

(1) للشافعية قول باشتراط البصر،انظر: المجموع شرح المهذب: 9/369.

(2) الحاكم في المستدرك من حديث ابن عباس بإسناد لا بأس به، قال في قوله عز وجل: ﴿وَإِنَّا لَنَرَاكَ فِينَا ضَعِيفًا﴾ (هود: من الآية91) قال: كان مكفوف البصر، قد اختلف في الذي زوج موسى واستأجره، هل هو شعيب عليه السلام أو غيره، فالأكثر على أنه شعيب عليه السلام انظر: التلخيص الحبير:3/333.

(3) راجع في بيان مبررات هذا الترجيح محله من فصل الإشهاد على الزواج.

(4) منار السبيل: 2/140، الروض المربع:23/72، حاشية البجيرمي: 2/174، كفاية الطالب: 2/96، الفواكه الدواني: 2/28، البحر الرائق: 7/95.

توارث بينهما بالنسب لقوله تعالى: ﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ... ﴿٧١﴾ ﴾ (التوبة) وقال تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ... ﴿٧٣﴾ ﴾ (الأنفال).

3. **الذكورة:**

اتفق الفقهاء على أن الذكورة شرط للولاية المتعدية، وعللوا ذلك بأن الولاية يعتبر فيها الكمال، والمرأة ناقصة قاصرة، فتثبت الولاية عليها لقصورها عن النظر لنفسها، فلأن لا تثبت لها ولاية على غيرها أولى، وأجاز الحنفية للأم تزويج الصغير والصغيرة، لأن شفقتها وافرة كشفقة الأب أو أكثر، وفي إثبات الخيار لها إذا أدركا روايتان عن أبي حنيفة، وفي إحدى الروايتين لا يثبت، واختار السخاوي ثبوت الخيار لهما، واستدل باجتماع قصور الرأي مع وفور الشفقة، ولهذا لا تثبت ولايتها في المال وتمام النظر بوفور الرأي والشفقة، فلتمكن النقصان في رأيها أثبت لهما الخيار إذا أدركا[1].

ونرى أن الأرجح في هذا الخلاف ثبوت هذا الشرط كإجراء شكلي، فيمكن للأم بعد تمام توليها أمر ابنتها إنابة من تشاء من الرجال ليتولى أمر العقد نيابة عنها، كما كانت تفعل عائشة رضي الله عنها، ونرى أنه لا علاقة لعزلها عن ذلك الإجراء الشكلي بقصور العقل كما استدل الفقهاء، وإنما هو من الوظائف التي أسند بعضها للرجال وبعضها للنساء بحسب الاستعدادات الفطرية لكليهما، فيمكن للرجل الذي تولى أمر المرأة المطالبة بحقوقها والسعي في ذلك بكل الوسائل التي قد تعجز المرأة عن الوفاء بها جميعا.

4. **البلوغ:**

اختلف الفقهاء في اعتبار البلوغ شرطا في الولاية على قولين:

القول الأول: اعتباره شرطا في الولاية، وهو قول الثوري والشافعي، وإسحاق، وابن المنذر، وأبي ثور وظاهر مذهب أحمد، واستدلوا على ذلك بأن الولاية يعتبر لها كمال الحال، فهي تنفيذ التصرف في حق الغير، والصبي مولى عليه لقصوره، فلا تثبت له الولاية، كالمرأة.

القول الثاني: عدم اعتباره شرطا، وهو رواية عن أحمد[2]، فهو يرى بأن الصبي إذا بلغ

---

(1) المبسوط: 4/216.

(2) اختلفت الرواية عن أحمد في اشتراط البلوغ فاطلق الخلاف في بعض مصنفات الحنابلة على روايتين:

الرواية الأولى: يشترط بلوغه نص عليه في رواية ابن منصور والأثرم وعلى ابن سعيد وحرب، وهذا ظاهر =

عشرا زوج، وتزوج، وطلق، وأجيزت وكالته في الطلاق، وهذا يحتمله كلام الخرقي لأنه يصح بيعه ووصيته وطلاقه، فثبتت له الولاية كالبالغ.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو اعتبار البلوغ في الولاية، لافتقار الولي إلى الكثير من الخصائص التي يفتقر إليها الصبي بل حتى البالغ، ولهذا ذكرنا تقديم الأكبر فالأكبر في الولاية، فللسن دوره الكبير في سداد الاختيار، وله دوره الشكلي في حرمة العقد.

5ـ العدالة:

اختلف الفقهاء في اعتبار العدالة شرطا في الولاية على قولين:

القول الأول: اعتبارها شرطا في الولاية، وهو مذهب الشافعي وأحمد في أحد قوليهما، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. قال رسول الله ﷺ: (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل. وأيما امرأة أنكحها ولي مسخوط عليه، فنكاحها باطل)[1].
2. قال رسول الله ﷺ: (لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل)[2].
3. أنها ولاية نظرية، فلا يستبد بها الفاسق، كولاية المال.

القول الثاني: عدم اعتبارها شرطا وإجازة ولاية الفاسق[3]، وهو مذهب أبي حنيفة ومالك ووافقهما الشافعي وأحمد في القول الآخر، واستدلوا على ذلك بما يلي:

= المذهب، قال الزركشي: هذه الرواية هي المشهورة نقلا واختيارا ويحتمله كلام.
الرواية الثانية: لا يشترط بلوغه، فعليها يصح تزويج ابن عشر، قال الإمام أحمد رحمه الله إذا بلغ عشرا زوج وتزوج قدمه في القواعد الأصولية وعنه اثني عشر، انظر:الإنصاف للمرداوي:8/73.

(1) قال ابن الجوزي: في هذا الإسناد عدي قال يحيى ليس بثقة لا يكتب حديثه، وقال أبو حاتم الرازي متروك الحديث وفيه عبد الله بن عثمان قال يحيى ليس أحاديثه بالقوية، انظر: التحقيق في أحاديث الخلاف :2/260، سنن الدارقطني: 3/221، البيهقي: 7/124.

(2) قال أحمد: ترك الناس حديث العرزمي وقال الفلاس والنسائي هو متروك وقال يحيى لا يكتب حديثه وقد حدث عنه شعبة وسفيان وقطر بن نسير ضعيف، التحقيق في أحاديث الخلاف: 2/260.

(3) المراد بالفسق هنا الفسوق القاصر غير المؤثر في حسن التصرف، ولذلك فإن الفاسق إن كان متهتكاً لا يبالي =

1. أن الفاسق له ولاية كاملة على نفسه بحيث يزوج نفسه، فلا مانع من أن يتولى أمر غيره.

2. أن عماد هذه الولاية هو الشفقة ورعاية المصلحة، وفسقه لا يمنع من شفقته بأولاده ولا يحول دون رعاية المصلحة لقريبه، فيستوي في ذلك مع العدل فتثبت له ولاية التزويج.

3. أن سبب الولاية القرابة، وشرطها النظر، وهذا قريب ناظر، فيلي كالعدل.

الترجيح:

لعل القول الثاني هو الأرجح للاعتبارات التالية:

1. أن العدالة والفسق أمر نسبي لا يمكن الجزم به في أكثر الأحوال.

2. أن اشتراط العدالة يفوت على الكثير من النساء فرصة تزويجهن من طرف أوليائهن خاصة مع انتشار مظاهر الانحراف في كثير من المجتمعات الإسلامية.

3. أن العبرة في حسن التصرف وهو الأصلح للبنت، ولذلك قد يحرم العدل من الولاية على بناته إن كان لا يحسن التصرف.

6- الرشد:

اختلف الفقهاء في اشتراط الرشد في الولي وعدمه، وبالتالي الحكم بزوال ولاية السفيه أوبقائها على قولين:

القول الأول: تزول ولاية الولي بالسفه، وهو المذهب عند الشافعية وقول لمالك[1]، واستدلوا على ذلك بما يلي:

= بقبح ما يصنع فإنه يشترط لتنفيذ عقد زواجه لابنته أن تتوافر فيه المصلحة، بأن يكون الزواج من الكفء وبمهر المثل، فإن لم يكن كذلك لا ينفذ، ويكون حكمه في ذلك مشابها لحكم الأب المعروف بسوء الرأي والاختيار وهو عدل فإنه لا تسلب ولايته على ابنته الصغيرة بسوء رأيه، ولكن عقده لها مشروط بالمصلحة.

(1) اختلف المالكية في اعتبار الحجر على السفه على قولين:

القول الأول: أن السفيه أولى بالعقد عند ابن القاسم، واستدل على ذلك بان الولاية عليه إنما هي في ماله وأما إذا كان معه من الميز ما يانف به من وضع وليته عند غير كفؤ فهو أولى بالعقد إلا أن يكون من الضعف بحيث لا يظن به مثل هذا ويكون حضوره فيه كمغيبه فقد قال ابن القاسم لا يعقد وإنما اعتبر مع ذلك ابن القاسم إذن الولي لئلا يخلو من تسديده

القول الثاني: أن الولي أولى به عند ابن وهب، واستدل على ذلك بان ذلك في السيد المحجور عليه لأن الحجر =

1. قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: (لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان) [1]، فهو يدل على اعتبار الرأي.

2. أنه لا يصلح لأمر نفسه، فكيف يصلح لأمر غيره، فلا يصح إيجابه أصالة ولا وكالة أذن الولي أم لم يأذن، أما القبول فتصح وكالته فيه.

القول الثاني: بقاء الولاية له، وهو مذهب الحنفية والحنابلة والرأي الثاني للشافعية، والمشهور من مذهب مالك، واستدلوا على ذلك بأن رشد المال غير معتبر في النكاح، وأنه كامل النظر في أمر النكاح، وإنما حجر عليه لحفظ ماله.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو اعتبار الرأي والحجر على السفيه في هذا الباب كالحجر عليه في المال سواء بسواء،، فالحرص على المحافظة على العرض أهم من الحرص على المحافظة على المال.

والسفيه عادة يمثل شخصية مستعجلة متقلبة لا تتبصر العواقب، فلذلك يكون توليه لأمر المرأة خطرا عليها، بل غير العدل البصير أولى من العدل السفيه.

وقد ذكر المالكية في هذا قولا وسطا يمكن العمل به، وهو التمييز بين أنواع السفه، فقد يكون السفيه ذا عقل ودين إنما سفهه بعدم حفظه لماله، فلهذا أن يتولى العقد ويستحسن مطالعته وصيه، أما إن كان ناقص التمييز فيخص بالنظر في تعيين الزوج وصيه وتزوج ابنته كيتيمة [2]

= عليه ينافي عقده، وأما إذا لم يكن محجورا عليه فنكاحه ماض، وإن كان فعله صوابا يشير إلى اعتبار ذلك فإن لم يثبت ما يوجب الفسخ والرد أمضى، انظر: المنتقى :3/ 271.

(1) البيهقي: 7/ 111، الدارقطني: 3/ 228.

(2) التاج والإكليل :5/ 72.

المبحث الثالث
من تثبت عليه الولاية

أولا: تزويج الصغار:

ويتعلق بتزويج الصغار من الذكور والإناث المسائل التالية[1]:

من له حق الولاية في تزويج الصغار:

اختلف الفقهاء فيمن يلي تزويج الصغار[2] على قولين:

القول الأول: يجوز لكل الأولياء تزويج الصغير والصغيرة، وأنها تزوج بدون إذنها، ولها الخيار إذا بلغت وهو قول الحنفية وأحمد في إحدى الروايتين، واستدلوا على ذلك بما يلي[3]:

1. قوله تعالى: ﴿**وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ** ... ﴿٣﴾﴾ (النساء) الآية، ومعناه في نكاح اليتامى، وإنما يتحقق هذا إذا قيل بجواز نكاح اليتيمة، وقد نقل عن عائشة رضي الله عنها في تأويل الآية أنها نزلت في يتيمة تكون في حجر وليها يرغب في مالها وجمالها، ولا يقسط في صداقها، فنهوا عن نكاحهن حتى يبلغوا بهن أعلى سنتهن في الصداق.
2. قوله تعالى: ﴿**وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتَامَى النِّسَاءِ اللاَّتِي لا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنكِحُوهُنَّ** ... ﴿١٢٧﴾﴾ (النساء)، قالت عائشة: إنها نزلت في يتيمة تكون في حجر وليها، ولا يرغب في نكاحها لدمامتها، ولا يزوجها من غيره كي لا يشاركه في مالها فأنزل الله تعالى هذه الآية فأمر الأولياء بتزوج اليتامى أو بتزويجهن من غيرهم فذلك دليل على جواز تزويج اليتيمة.

---

(1) المدونة: 2/100، الأم: 5/21، المصنف: 3/184، أحكام القرآن للجصاص: 2/80، المحلى: 9/38، المبسوط: 4/212، بدائع الصنائع: 2/315، المغني: 7/30.

(2) اعتبر الحنفية المجنون المغلوب بمنزلة الصبي في الأحكام المتعلقة بتزويج الصغار، واختلفوا في الجنون الطارئ فقيل إنه لا يكون للمولى عليه ولاية التزويج ؛ لأنه ثبت له الولاية على نفسه عند بلوغه والنكاح يعقد للعمر، ولا تتجدد الحاجة إليه في كل وقت فبصيرورته من أهل النظر لنفسه يقع الاستغناء فيه عن نظر الولي، وقيل: تثبت الولاية عليه لعجز المولى عليه عن النظر لنفسه، فربما لم يتفق له كفء في حال إفاقته حتى جن أو ماتت زوجته بعد ما جن فتتحقق الحاجة في الجنون الطارئ كما تتحقق في الجنون الأصلي،انظر: المبسوط: 5/2.

(3) انظر هذه الأدلة في: المبسوط: 4/214، شرح فتح القدير: 3/276.

3. أن اليتيمة هي الصغيرة التي لا أب لها بدليل قوله ﷺ: (لا يتم بعد الحلم)[1].

4. زوج رسول الله ﷺ بنت عمه حمزة رضي الله عنه من عمر بن أبي سلمة رضي الله عنه وهي صغيرة.

5. الآثار في جواز ذلك مشهورة عن عمر وعلي وعبد الله بن مسعود وابن عمر وأبي هريرة رضي الله عنهم.

6. أنه وليها بعد البلوغ فيكون وليا لها في حال الصغر كالأب والجد.

7. أن الحاجة إلى الكفء ثابتة، لأن مقاصد النكاح إنما تتم معه، وإنما يظفر به في وقت دون وقت، والولاية لعلة الحاجة، فيجب إثباتها إحرازاً لهذه المصلحة، مع أن أصل القرابة داعية إلى أن في هذه القرابة قصورا أظهرناه في إثبات الخيار لها إذا بلغت.

القول الثاني: لا يجوز تزويج الصغار إلا للأصول، وهو قول المالكية والشافعية، وقد اختلفوا في من يتولى تزويجها من الأصول على رأيين:

الرأي الأول: ليس لأحد سوى الأب تزويج الصغير والصغيرة، وهو رأي المالكية، واستدلوا على ذلك بالقياس على أنه لا يجوز تزويجهما إلا أنهم تركوا القياس في حق الأب للآثار المروية فيه، فبقي ما سواه على أصل القياس.

الرأي الثاني: ليس لغير الأب والجد تزويج الصغير والصغيرة،وهو رأي الشافعية، واستدلوا على ذلك بما يلي:

---

(1) نص الحديث بطوله: «لا يُتم بعد الحلم، ولا عتق قبل ملك، ولا رضاعة بعد فطام، ولا طلاق قبل نكاح، ولا صيام يوم الى الليل، ولا وصال في الصيام، ولا نذر في معصية الله، ولا يمين في قطيعة، ولا تغرب بعد الهجرة، ولا هجرة بعد الفتح، ولا يمين للمملوك مع سيده، ولا يمين لزوجة مع زوجها، ولا يمين لولد مع والده،ولو أن صغيرا حج عشر حجج كانت عليه حجة الإسلام إذا عقل إن استطاع إليه سبيلا، ولو أن مملوكا حج عشر حجج كانت عليه حجة إن استطاع إليه سبيلا، ولو أن أعرابيا حج عشر حجج كانت عليه حجة إذا هاجر إن استطاع إليه سبيلا» في إسناد الحديث حرام بن عثمان، قال عنه ابن حزم: ساقط مطرح لا تحل الرواية عنه، المحلى :8/ 49، وانظر: مسند الحارث «زوائد الهيثمي»: 439/1، والأشبه أن الحديث في حال صحته موقوف على علي عليه السلام فهو أشبه بتعبيره، وقد قال الثوري لراوي الحديث :يا أبا عروة، إنما هو عن علي موقوف، فأبى عليه معمر إلا عن النبي ، انظر:مصنف عبد الرزاق: 6/ 416.

1. قوله ﷺ: (لا تنكح اليتيمة حتى تستأمر)[1]، فقد نفى في هذا الحديث نكاح اليتيمة حتى تبلغ فتستأمر.

2. عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه قال: توفي عثمان بن مظعون وترك ابنة له من خويلة بنت حكيم بن أمية بن حارثة بن الأوقص، وأوصى إلى أخيه قدامة بن مظعون، فخطبت إلى قدامة ابنة عثمان بن مظعون، فزوجنيها، ودخل المغيرة بن شعبة إلى أمها، فأرغبها بالمال، فحطت إليه وحطت الجارية إلى هوى أمها، فأبتا حتى ارتفع أمرهما إلى رسول الله ﷺ، فقال قدامة بن مظعون: يا رسول الله أخي وأوصى بها إلي فزوجتها ابن عمها عبد الله بن عمر، فلم أقصر بها في الصلاح ولا في الكفاءة ولكنها امرأة، وانما حطت إلي هوى أمها، فقال رسول الله ﷺ: (هي يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها)، قال: (فانتزعت والله مني بعد أن ملكتها فزوجوها المغيرة ابن شعبة)[2].

3. أن مزوج اليتيمة قاصر الشفقة عليها، ولقصور الشفقة لا تثبت ولايته في المال، وحاجتها إلى التصرف في المال في الصغر أكثر من حاجتها إلى التصرف في النفس، فإذا لم يثبت للولي ولاية التصرف في مالها مع الحاجة إلى ذلك، فلأن لا يثبت له ولاية التصرف في نفسها أولى.

القول الثالث: أنها لا تزوج إلا بإذنها، ولا خيار لها إذا بلغت، وهو المشهور في مذهب أحمد، وقد انتصر له ابن تيمية، واستدل له بقوله ﷺ: (تستأمر اليتيمة في نفسها، فإن سكتت فهو إذنها وإن أبت فلا جواز عليها)[3].

قال ابن تيمية: (فهذه السنة نص في القول الثالث، الذي هو أعدل الأقوال، أنها تزوج خلافا لمن قال: إنها لا تزوج حتى تبلغ، فلا تصير يتيمة، والكتاب والسنة صريح في دخول اليتيمة قبل البلوغ في ذلك، إذ البالغة التي لها أمر في مالها يجوز لها أن ترضى بدون صداق المثل، ولأن ذلك مدلول اللفظ وحقيقته، ولأن ما بعد البلوغ وإن سمي صاحبه يتيما مجازا،

---

(1) المسند المستخرج على صحيح مسلم: 4/85، البيهقي: 7/122، أبو داود: 2/231، النسائي: 3/282.

(2) قال في مجمع الزوائد: روى ابن ماجه طرفا منه رواه أحمد ورجاله ثقات، مجمع الزوائد: 4/280، وانظر: البيهقي: 7/113، الدارقطني: 3/230، أحمد: 2/130.

(3) الترمذي: 3/417، الدارمي: 2/185، مجمع الزوائد: 4/280، البيهقي: 7/118، الدارقطني: 3/239 أبوداود: 2/231، المجتبى: 6/87.

فغايته أن يكون داخلا في العموم، وإما أن يكون المراد باليتيمة البالغة دون التي لم تبلغ، فهذا لا يسوغ حمل اللفظ عليه بحال)[1] .

الترجيح :

نرى أن الأرجح في المسألة هو قول الإمام مالك من أنه لا يتولى زواج الصغار قبل البلوغ إلا آباؤهم، لأن زواج الصغار قد يحمل غررا كبيرا، وذلك الغرر لا ينتفى إلا بولي وافر الشفقة ووافر العلم بحال موليته، وليس ذلك لغير الأب .

ولذلك لا يصح أن تزوج اليتيمة إلا بعد بلوغها السن الذي تتمكن فيه من الاستئمار كما عبر ﷺ ، وهو كما قال الشوكاني : (يدل على تأكيد المشاورة وجعل الأمر إلى المستأمرة ولهذا يحتاج الولي إلى صريح إذنها فإذا صرحت بمنعه امتنع اتفاقا)[2] .

ولذلك لا يصح ما قاله ابن تيمية من أن ذلك أعدل الأقوال، فأي عدل في تزويج يتيمة صبية لا تعقل ولم تكلف بالزواج، لتبقى طول حياتها رهينة زوج ربما خدعها عن نفسها بلعبة أو قطعة حلوى .

وإذا كان الشرع لم يكلفها بالعبادة المفروضة، وهي مسؤولية قاصرة، فكيف نكلفها نحن بتأسيس أسرة، وهي مسؤولية متعدية .

أما استدلال الحنفية بورود النص بإباحة زواج اليتيمة وأن اليتم لا يكون بعد البلوغ، فالدليل النصي على ذلك لايصح كما وضحناه في هامش الحديث، ولا يصح من جهة اللغة كما قال الخطابي : (اليتيمة ههنا هي البكر البالغة التي مات أبوها قبل بلوغها، فلزمها اسم اليتيم فدعيت به وهي بالغة، والعرب ربما دعت الشيء بالاسم الأول الذي إنما سمي به لمعنى متقدم، ثم ينقطع ذلك المعنى ولا يزول الاسم)[3] .

وقد ذكر شراح الحديث فائدة ذكر اليتيمة بهذه الصفة مع وفور الدلائل على بلوغها،لأجل (مراعاة حقها والشفقة عليها في تحري الكفاية والصلاح، فإن اليتيم مظنة الرأفة والرحمة)[4] .

---

(1) الفتاوى الكبرى لابن تيمية :3/ 92.

(2) نيل الأوطار : 6/ 254 .

(3) عون المعبود :6/ 83 .

(4) عون المعبود :6/ 82 .

وقد ذكر القرطبي دليلا قرآنيا صريحا من قوله تعالى: ﴿ **وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ** ... (١٢٧) ﴾ (النساء) قال: (والنساء اسم ينطلق على الكبار كالرجال في الذكور، واسم الرجل لا يتناول الصغير، فكذلك اسم النساء، والمرأة لا يتناول الصغيرة، وقد قال تعالى: ﴿ ... **فِي يَتَامَى النِّسَاءِ** ... (١٢٧) ﴾ (النساء)، والمراد به هناك اليتامى هنا كما قالت عائشة رضي الله عنها، فقد دخلت اليتيمة الكبيرة في الآية، فلا تزوج إلا بإذنها، ولا تنكح الصغيرة إذ لا إذن لها، فإذا بلغت جاز نكاحها لكن لا تزوج إلا بإذنها)[1].

حكم تزويج الوصي للصغيرة:

اختلف الفقهاء في جواز تزويج الوصي للصغيرة على قولين:

القول الأول: لا يجوز لغير الولي تزويج الصغير والصغيرة، وهو مذهب الحنفية، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. قوله ﷺ: (لا نكاح إلا بولي)، والوصي ليس بولي في التزويج.
2. قوله ﷺ: (النكاح إلى العصبات)[2]، والوصي ليس بعصبة إذا لم يكن من قرابته فهو كسائر الأجانب في التزويج، وإن كان الوصي من القرابة بأن كان عما أو غيره فله ولاية التزويج بالقرابة لا بالوصاية.

القول الثاني: يجوز للوصي أن يزوج الصغيرة، وهو قول ابن أبي ليلى، وقال مالك: إن نص في الوصاية على التزويج فله أن يزوجها كما لو وكل بذلك في حياته، وإن لم ينص على ذلك فليس له أن يزوج، وقال مالك: ووصي الوصي بمنزلة الوصي في النكاح وغيره[3]، واستدلوا على ذلك بأن وصي الأب قائم مقام الأب فيما يرجع إلى النظر للمولى عليه بدليل أنه في التصرف في المال يقوم مقامه، فكذلك في التصرف في النفس.

---

(1) تفسير القرطبي: 5/13.

(2) قال في الدراية: لم أجده، الدراية: 2/62، وذكره في نصب الراية، ولم يشر إلى تخريجه،نصب الراية:3/195، ولا نرى صحة هذا الحديث، ولو كان صحيحا، لكان حجة في أكثر مسائل الولاية في الزواج، ويظهر أنه من الأحكام الفقهية التي حولها البعض إلى أحاديث، كالقاعدة الفقهية المشهورة: «اجعلوا الأخوات مع البنات عصبات».

(3) المدونة: 4/331.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو القول الأول ـ كما بينا سابقا ـ لتقييد النصوص تزويج اليتيمة باستئمارها، وذلك لا يتحقق إلا بالبلوغ.

حكم تزويج الصغار من غير الأكفاء أو بأقل من صداق المثل:

اختلف الفقهاء فيما لو زوج الأب ابنته الصغيرة ممن لا يكافئها أو زوج ابنه الصغير امرأة ليست بكفء له، أو بأقل من مهر المثل على قولين:

القول الأول: جواز ذلك، وهو قول الحنفية، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. أن رسول الله ﷺ تزوج عائشة رضي الله عنها على صداق خمسمائة درهم[1] زوجها منه أبو بكر رضي الله عنه، ومعلوم أن ذلك لم يكن صداق مثلها، وقد ثبت أن رسول الله ﷺ تزوج عائشة وهي بنت سبع، وبنى بها وهي بنت تسع، وتوفي عنها وهي بنت ثماني عشرة سنة[2].

2. أن عليا رضي الله عنه تزوج فاطمة رضي الله عنها بأقل من صداق مثلها، فعن ابن عباس رضي الله عنه قال: (ما استحل علي فاطمة رضي الله عنهما إلا ببدن من حديد)[3].

3. أن النكاح يشتمل على مصالح وأغراض ومقاصد جمة، والأب وافر الشفقة، ينظر لولده فوق ما ينظر لنفسه، فالظاهر أنه إنما قصر في الكفاءة والصداق ليوفر سائر المقاصد عليها، وذلك أنفع لها من الصداق والكفاءة، فكان تصرفه واقعا بصفة النظر، فيجوز كالوصي إذا صانع في مال اليتيم جاز ذلك لحصول النظر في تصرفه.

4. أنه لم يحق للمرأة تزويج نفسها من غير كفء، لأنها سريعة الانخداع، ضعيفة الرأي متابعة للعاطفة عادة، فيكون تقصيرها في الكفاءة والصداق لمتابعة الهوى، لا لتحصيل سائر

---

(1) مسلم: 2/1042، المستدرك: 4/23، البيهقي: 7/234، الدارقطني: 3/222، ابن ماجة: 1/607، أحمد: 6/933.

(2) قال في مصباح الزجاجة: هذا إسناد رجاله ثقات إلا أنه منقطع أبو عبيدة لم يسمع من أبيه قاله شعبة وأبو حاتم وابن حبان في الثقات والترمذي في الجامع والمزي في الأطراف وغيرهم وله شاهد من حديث عائشة رواه النسائي في الصغرى وغيره، انظر: مصباح الزجاجة: 2/102.

(3) البيهقي: 7/234.

المقاصد، زيادة على ذلك أن سائر المقاصد تحصل لها دون الأولياء، وبسبب عدم الكفاءة والنقصان في الصداق يتعير الأولياء، وليس بإزاء هذا النقصان في حقهم ما يكون جابرا فلهذا يثبت لهم حق الاعتراض.

القول الثاني: عدم جواز ذلك، وهو قول أبي يوسف ومحمد، واستدلوا على ذلك بالقياس، ووجه الاستدلال به كما يلي:

1. أن ولاية الأب مقيدة بشرط النظر، ومعنى الضرر في هذا العقد ظاهر، فلا يملكها الأب بولايته كما لا يملك البيع والشراء في ماله بالغبن الفاحش.
2. أنه لو زوجت هي نفسها من غير كفء أو بدون صداق مثلها يثبت حق الاعتراض للأولياء فهذا أولى.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو جواز تزويج الأب لابنته الصغيرة إذا دعت الضرورة لذلك بشرط تحقق الكفاءة، كما وضحناها في الفصل الخاص بها، أما مهر المثل فلا يشترط، لأن المهر ليس من الأسس التي يقوم عليها الزواج بخلاف الكفاءة، وسنرى ذلك في محله[1].

أما ما استدلوا به من جواز تخلف الكفاءة قياسا على نقصان المهر، فلا حجة فيه، لأن رسول الله ﷺ تزوج عائشة رضي الله عنها، ولا نظير له، أما علي رضي الله عنه فكان أكفأ الأكفاء لفاطمة رضي الله عنها، وقد تقدمه كما دلت النصوص الخطاب إليها، ولو كان القصد هو الزواج ولو جرد الزواج من الكفاءة لزوجت ممن سبق لخطبتها.

ولنتأكد من وجه الدليل نسوق قصة زواج علي رضي الله عنه كما يخبر بها عن نفسه، قال: أردت أن أخطب إلى رسول الله ﷺ ابنته، وذكرت أنه لا شيء لي، ثم ذكرت عائدته وصلته فخطبتها، فقال أين درعك الحطمية التي أعطيتكها في يوم كذا وكذا؟ قال: هي عندي قال فأعطها إياها.

وعنه رضي الله عنه قال: لقد خطبت فاطمة بنت النبي ﷺ، فقالت مولاة لي: هل علمت أن فاطمة تخطب؟ قلت: لا أو نعم قالت: فاخطبها إليه قال: قلت: وهل عندي شيء أخطبها عليه، قال: فوالله ما زالت ترجيني حتى دخلت عليه، وكنا نجله ونعظمه فلما جلست

---

(1) انظر: الفصل الخاص بحق الزوجة في المهر.

بين يديه ألجمت حتى ما استطعت الكلام قال: هل لك من حاجة،فسكت قالها: ثلاث مرات قال: لعلك جئت تخطب فاطمة، قلت: نعم يا رسول الله، قال: هل عندك من شيء تستحلها به، قال: قلت: لا والله يا رسول الله قال: فما فعلت بالدرع التي كنت سلحتكها، قال علي: والله إنها لدرع حطمية ما ثمنها إلا أربعمائة درهم، قال اذهب فقد زوجتكها،وابعث بها إليها فاستحلها به[1].

حق الصغار في الخيار بعد البلوغ[2]:

اختلف الفقهاء القائلون بثبوت الولاية لغير الأب والجد في تزويج الصغار، وهو قول الحنفية، في ثبوت الخيار للصغار بعد البلوغ إن كان المزوج أبا أو جدا[3] على قولين:

القول الأول: أن لهما الخيار إذا أدركا، وقد روي عن ابن عمر وأبي هريرة وعروة بن الزبير، وهو قول أبي حنيفة ومحمد، وبه كان يقول أبو يوسف ثم رجع، وقال: لا خيار لهما[4]، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. أنه زوجها من هو قاصر الشفقة عليها، فإذا ملكت أمر نفسها كان لها الخيار كالأمة إذا زوجها مولاها، ثم أعتقها.
2. أن أصل الشفقة وإن كان موجودا للولي، لكنه ناقص يظهر ذلك عند المقابلة بشفقة الآباء، وقد ظهر تأثير هذا النقصان حكما حين امتنع ثبوت الولاية في المال للأولياء فلاعتبار وجود أصل الشفقة نفذنا العقد ولاعتبار نقصان الشفقة أثبتنا الخيار.
3. أن سبب ثبوت الولاية في صغرها هو أن لا يفوت الكفء الذي خطبها، فيكون مقصوده النظر لها، وإنما يتم النظر بإثبات الخيار حتى ينظر لنفسه بعد البلوغ، بخلاف الأب، فإنه

---

(1) انظر هذه الآثار في زواج علي من فاطمة: سنن البيهقي الكبرى: 7/234.

(2) المبسوط: 4/214.

(3) أما إذا كان القاضي هو الذي زوج اليتيمة، ففي ظاهر الرواية يثبت لها الخيار، لأن ولاية القاضي متأخرة عن ولاية العم والأخ فإذا ثبت الخيار في تزويج الأخ والعم، ففي تزويج القاضي أولى لأن شفقة القاضي إنما تكون لحق الدين والشفقة لحق الدين لا تكون إلا من المتقين بعد التكلف فيحتاج إلى إثبات الخيار لهما إذا أدركا.

(4) وروى خالد بن صبيح المروزي عن أبي حنيفة أنه لا يثبت الخيار،، لأن للقاضي ولاية تامة تثبت في المال والنفس جميعا فتكون ولايته في القوة كولاية الأب، انظر: المبسوط: 4/214.

وافر الشفقة تام الولاية فلا حاجة إلى إثبات الخيار في عقده، وكذلك في عقد الجد؛ لأنه بمنزلة الأب حتى تثبت ولايته في المال والنفس.

القول الثاني: أنه ليس لهما الخيار إذا بلغا، وهو قول أبي يوسف، وقد وجه قوله بما يلي:

1. أن هذا عقد عقد بولاية مستحقة بالقرابة فلا يثبت فيه خيار البلوغ كعقد الأب والجد.
2. أن القرابة سبب كامل لاستحقاق الولاية، والقريب بالتصرف ينظر للمولى عليه لا لنفسه، وهو قائم مقام الأب في التصرف في النفس كالوصي في التصرف في المال فكما أن عقد الوصي يلزم ويكون كعقد الأب فيما قام فعله مقامه، فكذلك عقد الولي.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في حال حصول مثل هذا الزواج ثبوت الخيار للصغار إذا بلغوا درءا للمفسدة بعد حصولها، وإن كان الأولى هو درء المفسدة قبل حصولها بعدم التزويج إلا بعد البلوغ، وبعد تمكن الطرفين من الإدلاء برأيهما بعد الإدراك التام الذي يحصل بالبلوغ.

وليس منع زواج الصغار من المسائل المجمع عليها، فيكون الخلاف فيها شذوذا في الرأي، وإنما هو خلاف قديم، قال الجصاص: (إن للأب تزويج ابنته الصغيرة... إذ كان هو أقرب الأولياء، ولا نعلم في جواز ذلك خلافا بين السلف والخلف من فقهاء الأمصار إلا شيئا رواه بسر بن الوليد عن ابن شبرمة أن تزويج الآباء على الصغار لا يجوز، وهو مذهب الأصم).

ولكن الأدلة النصية مع ذلك على خلاف قول ابن شبرمة ومذهب الأصم، فالله تعالى يقول: ﴿ **وَاللاَّئِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللاَّئِي لَمْ يَحِضْنَ ...** (٤) ﴾ (الطلاق)، فحكم بصحة طلاق الصغيرة التي لم تحض، والطلاق لا يقع إلا في نكاح صحيح، فتضمنت الآية جواز تزويج الصغيرة، ويدل عليه أن النبي ﷺ تزوج عائشة وهي بنت ست سنين، زوجها إياه أبو بكر الصديق رضي الله عنه.

وإنما أوردنا هذا الخلاف من باب التوسعة التي تتيح لولي الأمر أن يسن من القوانين ما يمنع زواج الصغار خشية الغرر، حتى لو كان الولي أبا، فإنا نرى ونسمع الأخبار الكثيرة عن الآباء الذين يبيعون أولادهم وبناتهم بأسماء مختلفة، وقد يكون من بينها اسم الزواج، فلذلك يجوز لولي الأمر أن يغلق هذا الباب من غير أن يكون بذلك مخالفا إجماع الأمة أو المعلوم من الدين بالضرورة.

من له الحق في التفريق بعد الاختيار:

اتفق الفقهاء القائلون بثبوت الخيار للصغار إذا بلغوا على أنه لا تقع الفرقة إلا بحكم الحاكم، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. أن السبب مختلف فيه من العلماء فمنهم من رأى ومنهم من أبى.

2. أنه غير متيقن به، فإن السبب قصور الشفقة، ولا يوقف على حقيقته فكان ضعيفا في نفسه فلهذا توقف على قضاء القاضي.

ثانيا - زواج البكر:

ويتعلق بزواج البكر المسائل التالية:

حكم إجبار البكر:

اختلف الفقهاء في حق المرأة البكر البالغة في رفض تزويج أبيها لها على قولين:

القول الأول: النكاح جائز عليها، وإذا أبت وردَّت لم يجز العقد، فالعقد موقوف على موافقتها،وهو قول الحنفية[1]، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. حديث الخنساء، فإنها جاءت إلى النبي ﷺ فقالت: إن أبي زوجني من ابن أخيه وأنا لذلك كارهة فقال ﷺ: أجيزي ما صنع أبوك. فقالت: ما لي رغبة فيما صنع أبي. فقال ﷺ: اذهبي فلا نكاح لك انكحي من شئت فقالت أجزت ما صنع أبي ولكني أردت أن يعلم النساء أن ليس للآباء من أمور بناتهم شيء)[2]، ولم ينكر عليها رسول الله ﷺ مقالتها، ولم يستفسر أنها بكر أو ثيب فدل أن الحكم لا يختلف.

2. عن ابن عباس رضي الله عنه أن جارية بكرا أتت النبي فذكرت له أن أباها زوجها كارهة فخيرها النبي ﷺ[3]، قال ابن القيم: (وهذه غير خنساء، فهما قضيتان قضى في إحداهما بتخيير الثيب،وقضى في الأخرى بتخيير البكر)[4].

(1) ما قبض الصداق فعند الحنفية لو نهت الأب عن قبض صداقها لم يكن له أن يقبض، ولكنه عند عدم النهي له أن يقبض لوجود الإذن دلالة فإن الظاهر أن البكر تستحي من قبض صداقها، وأن الأب هو الذي يقبض لتجهيزها بذلك مع مال نفسه إلى بيت زوجها فكان له أن يقبض.

(2) سبق تخريجه.

(3) سبق تخريجه.

(4) زاد المعاد:5/95.

3. قوله ﷺ: (البكر تستأمر في نفسها وسكوتها رضاها)[1]. فدل أن أصل الرضا منها معتبر.

4. أن الشرع أقام البلوغ عن عقل مقام التجربة تيسيرا للأمر على الناس، وسقط اعتبار الاهتداء الذي يحصل قبل البلوغ بسبب التجربة، وسقط اعتبار الجهل الذي يبقى بعد البلوغ؛ لعدم التجربة.

القول الثاني: النكاح جائز ولا يعتبر رفضها، وهو قول ابن أبي ليلى والشافعي، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. قوله ﷺ: (ليس للولي مع الثيب أمر)[2] فتخصيص الثيب بالذكر عند نفي ولاية الاستبداد للولي بالتصرف دليل على أنه يستبد بتزويج البكر.

2. أن هذه بكر فيملك أبوها تزويجها كما لو كانت صغيرة، لأن البلوغ لا يحدث لها رأيا في باب النكاح، فإن طريق معرفة ذلك التجربة.

3. أن للأب أن يقبض صداقها بغير أمرها إذا كانت بكرا، فإذا جعل حكمها في حق قبض الصداق كأنها صغيرة حتى يستبد الأب بقبض صداقها فكذلك في تزويجها.

الترجيح:

نرى أن الأرجح من خلال النصوص الكثيرة عدم أحقية أي ولي مهما كان في إجبار أي امرأة صغيرة كانت أو كبيرة ثيبا كانت أو بكرا على الزواج بأي كان كفئًا أو غير كفء، لتنافي الزواج - كمسؤولية ورغبة - مع الإجبار، وقد ذكر ابن القيم الأقوال الواردة في الإجبار بمختلف أشكاله، وفندها جميعا بالأدلة الصريحة، وقد سبق ذكر ذلك في الجزء الأول من هذه المجموعة.

قال ابن القيم بعد سرده لبعض الأحاديث الواردة في هذا الباب: (وموجب هذا الحكم أنه لا تجبر البكر البالغ على النكاح ولا تزوج إلا برضاها، وهذا قول جمهور السلف ومذهب أبي حنيفة وأحمد في إحدى الروايات عنه وهو القول الذي ندين به ولا نعتقد سواه وهو الموافق لحكم رسول الله ﷺ وأمره ونهيه وقواعد شريعته أمته)[3].

ثم ساق الأدلة النصية والمقاصدية على هذا الترجيح، وقد سبق ذكرها.

---

(1) سبق تخريجه.

(2) سبق تخريجه.

(3) زاد المعاد: 5/96.

علامات إذن البكر:

سدا لذريعة استغلال الولي، أو سوء فهمه لموقف موليته من القبول أو الرفض بحث الفقهاء الأمارات الدالة على الموافقة والرفض، وقد ذكروا لذلك العلامات التالية:

الكلام:

اتفق الفقهاء على اعتبار الكلام من أبلغ صيغ تعبير البكر عن إذنها، لأن الكلام لا يحتمل إلا شيئا واحدا بخلاف الصمت، واتفقوا كذلك على عدم اشتراطه بدون تفريق بين الأولياء، وخالف الشافعية في حق غير الأب فلهم فيه وجهان، أحدهما اشتراط الكلام، لأن الصمت عدم الإذن، فلا يكون إذنا، ولأنه يحتمل الرضا والحياء وغيرهما، فلا يكون إذنا، كما في حق الثيب، واكتفوا به في حق الأب دون غيره، لأن رضاءها غير معتبر عندهم في هذه الولاية.

ونرى أن الأفضل هو محاولة التعرف على تصريح المولى عليها بصريح العبارة، خاصة في المواقف التي تكون فيها التهمة، ولو كان الولي أبا.

أما إن لم يكن الموضع موضع تهمة فالأرجح هو بقاء الحديث على عمومه، قال النووي: (أما قوله ﷺ في البكر (إذنها صماتها)، فظاهره العموم في كل بكر ولكل ولي، وأن سكوتها يكفي مطلقا، وهذا هو الصحيح، وقال بعض أصحابنا: إن كان الولي أبا أو جدا فاستئذانه مستحب، ويكفي فيه سكوتها وإن كان غيرهما فلا بد من نطقها لأنها تستحي من الأب أكثر من غيرهما، والصحيح الذي عليه الجمهور أن السكوت كاف في جميع الأولياء لعموم الحديث لوجود الحياء)[1].

الصمت:

اتفق الفقهاء على جواز الاكتفاء من إذن البكر[2] بصمتها بدون تفريق بين كون الولي أبا

---

(1) شرح النوي على مسلم :9/202.

(2) أما سكوت الذكر الكبير فغير معتبر باتفاق الفقهاء، بل يشترط الرضا بالكلام أو بفعل يكون دليل الرضا، واستدلوا على ذلك بما يلي:

- أن جعل السكوت في حق الأنثى علامة الرضا لعلة الحياء، وهو لا يوجد في الذكر الكبير، لأنه لا يستحي من الرغبة في النساء. =

أو غيره[1]، وبين كونه قبل العقد أو بعده[2]، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. عن رسول الله ﷺ أنه قال: (لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن. فقالوا: يا رسول الله، فكيف إذنها؟ قال: أن تسكت)[3].

2. عن عائشة، أنها قالت: (يا رسول الله، إن البكر تستحيي، قال: رضاها صماتها)[4].

3. عن رسول الله ﷺ أنه قال: (الثيب تعرب[5] عن نفسها، والبكر رضاها صمتها)[6].

4. أن الحياء عقلة على لسانها، يمنعها النطق بالإذن، ولا تستحيي من إبائها وامتناعها، فإذا سكتت غلب على الظن أنه لرضاها، فاكتفي به.

البكاء:

اختلف الفقهاء في اعتبار البكاء من علامات الإذن على قولين:

القول الأول: أن البكاء إذن، وهو قول الجمهور، واستدلوا على ذلك بما يلي:

= - أن السكوت من البكر محبوب في الناس عادة، وفي حق الغلام السكوت مذموم؛ لأنه دليل على التخنث فلهذا لا يقام سكوته مقام رضاه.

(1) أما الأجنبي فلا يعتبر سكوتها معه، فقد يكون سبب سكوتها عدم التفاتها إلى استئماره، فكأنها تقول له: مالك وللاستئمار؟ إلا أن يكون الذي استأمرها رسول الولي، فحينئذ الرسول قائم مقام المرسل، وحكي عن الكرخي أن سكوتها عند استئمار الأجنبي يكون رضا؛ لأنها تستحي من الأجنبي أكثر مما تستحي من الولي، انظر: المبسوط :5/4.

(2) وخالف في ذلك محمد بن مقاتل ففرق بين استئمارها قبل العقد وبعده، فأجاز قبل العقد الصمت لأنه رضا منها بالنص، فأما إذا بلغها العقد فسكتت لا يتم العقد؛ لأن الحاجة إلى الإجازة هنا، والسكوت لا يكون إجازة منها؛ لأن هذا ليس في معنى المنصوص فإن السكوت عند الاستئمار لا يكون ملزما وحين يبلغها العقد الرضا يكون ملزما فلا يثبت ذلك بمجرد السكوت.

(3) البخاري:5/1974، مسلم: 2/1036، النسائي: 3/281، ابن ماجة: 1/601، احمد: 2/434، الدارمي: 2/186، الدارقطني: 3/283.

(4) البخاري: 6/2556.

(5) تعرب: أي تبين وتتكلم قال الزمخشري الإعراب والتعريب الإبانة يقال أعرب عنه لسانه وعرب عنه، فيض القدير: 3/342.

(6) مجمع الزوائد: 4/279، البيهقي: 2/101، ابن ماجة: 1/602، أحمد: 4/192.

1. قوله ﷺ: (تستأمر اليتيمة، فإن بكت أو سكتت فهو رضاها، وإن أبت فلا جواز عليها)[1].

2. أنها غير ناطقة بالامتناع مع سماعها للاستئذان، فكان إذنا منها كالصمت أو الضحك.

3. أن البكاء يدل على فرط الحياء، لا على الكراهة، ولو كرهت لامتنعت، فإنها لا تستحي من الامتناع.

القول الثاني: أن البكاء ليس بإذن، وهو قول أبي يوسف ومحمد، لأنه يدل على الكراهية، وليس بصمت، فيدخل في عموم الحديث، وقصر بعض المتأخرين من الحنفية هذا على بكائها بصوت كالعويل، فأما إذا خرج الدمع من عينها من غير صوت البكاء لم يعتبروه ردا بل قد يعتبر حزنا على مفارقة بيت أبويها.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو النظر إلى الملابسات المرتبطة ببكائها، وهو ما لحظه الحنفية من اعتبار الصوت في البكاء وعدمه، ولكن ذلك غير منضبط، فيبقى لكل حالة حكمها الخاص، ولا يمكن البت في ذلك عموما، أما الاحتجاج بالحديث ـ إن صح الاحتجاج به ـ فإنه لا يعدو أن يمثل بذلك لحالة من حالات القبول.

الضحك:

اتفق الفقهاء على اعتبار الضحك مثل الصمت في التعبير عن الرضا، بل اعتبروا الضحك أدل على الرضا بالتصرف من السكوت، أما إن ضحكت كالمستهزئة، فإن ذلك لا يكون رضا، لعدم دلالته عليه.

علامات إذن من زالت بكارتها بالحرام:

اختلف الفقهاء فيمن زالت بكارتها بالحرام، هل تلحق بالثيب أم بالبكر على قولين[2]:

---

(1) قال ابن حجر: قال أبو داود وهم إدريس الأودي في قصة « بكت » وليست بمحفوظة، تلخيص الحبير: 3/161، وانظر: مصنف عبد الرزاق: 6/145، وقد نسبه إلي الشعبي.

(2) اختلف كذلك فيمن زالت عذرتها بغير جماع، فحكمها حكم الأبكار عند الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية في الأصح. ويرى الشافعية في وجه أنها كالثيب لزوال العذرة.

القول الأول: أنها بكر، فلذلك علامات إذنها هي علامات إذن البكر، وهو قول الحنفية والمالكية على المشهور، وهو ما حكي عن الشافعي في القديم، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. أن علة الاكتفاء بصمات البكر الحياء، والحياء من الشيء لا يزول إلا بمباشرته، وهذه لم تباشر الإذن في النكاح، فيبقى حياؤها منه بحاله.
2. إنما جعل سكوتها رضا لا للبكارة بل لعلة الحياء، فإن عائشة رضي الله عنها لما أخبرت أنها تستحي، حينئذ قال: سكوتها رضاها، وغلبة الحياء هنا موجودة فإنها وإن ابتليت بالزنا مرة لا ينعدم حياؤها بل يزداد؛ لأن في الاستنطاق ظهور فاحشتها، وهي تستحي من ذلك غاية الاستحياء، وهذا الاستحياء محمود منها.
3. أن الشرع حث على الستر حيث قال ﷺ: (من أصاب من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله)[1].

القول الثاني: أنه لا فرق في الثيوبة بين الوطء الحلال والحرام إذا كان في القبل، ولا فرق في ذلك بين المكرهة والمطاوعة، وهو قول الشافعية والحنابلة، وقول للمالكية وأبي يوسف ومحمد من الحنفية، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. أن الشرع قسم النساء قسمين، فجعل السكوت إذنا لأحدهما، فوجب أن يكون الآخر بخلافه.
2. الدلالة اللغوية لأن الثيب اسم لامرأة يكون مصيبها عائدا إليها مشتق من قولهم ثاب أي: رجع والبكر اسم لامرأة مصيبها يكون أول مصيب لها؛ لأن البكارة عبارة عن أولية الشيء، ومنه يقال لأول النهار: بكرة، وأول الثمار: باكورة.
3. أن الحياء بعد هذا يكون رعونة منها فإنها لما لم تستح من إظهار الرغبة في الرجال على أفحش الوجوه فكيف تستحي من إظهار الرغبة على أحسن الوجوه.
4. أن التعليل بالحياء غير صحيح، فإنه أمر خفي لا يمكن اعتباره بنفسه، وإنما يعتبر بمظنته، وهي البكارة، وزيادة على ذلك فإن التعليل به يفضي إلى إبطال منطوق الحديث، فيكون باطلا في نفسه.

---

(1) الموطا: 2/825.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو اعتبار من زالت بكارتها عن طريق حرام بكرا، لأن هذه مصطلحات شرعية، فلا تحمل إلا على الدلالة الشرعية، أما الدلالة اللغوية فهي محتملة لا يصح الاحتجاج بها هنا.

ومن باب رعاية المقاصد الشرعية، فإن الشرع حث على عدم إشاعة الفاحشة، ومن وسائل ذلك الستر على أصحاب الفواحش، ومعاملتهم بما يقتضيه ظاهرهم، خاصة إذا بدا منهم ما يدل على صدق التوبة، ولنتصور هذا الجفاء من ولي متعصب حرفي وهو يخاطب موليته بقوله: (أنت لا يكتفى منك بالصمت، فإن الحياء منك رعونة)، أو يقول لها: (إذا لم تستحي من إظهار الرغبة في الرجال على أفحش الوجوه، فكيف تستحين من إظهار الرغبة على أحسن الوجوه)، ولا نرى أعمق في الدلالة على قبح ذلك من تصور ما يتركه ذلك الكلام في نفس المولى عليها، وهي تريد أن تبدأ حياتها الجديدة.

ولنقارن مثل هذا الولي بما روي عن عمر رضي الله عنه، وهو من يحاول البعض أن يحملوا كل جفائهم وغلظتهم وخشونتهم عليه، فقد روى مالك عن أبي الزبير المكي أن رجلا خطب إلى رجل أخته، فذكر أنها قد كانت أحدثت، فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فضربه، أو كاد يضربه، ثم قال: (مالك وللخبر) قال الباجي: إخبار الرجل عن أخته إذا خطبت إليه أنها أحدثت يريد أنه قد أصابها ما يوجب عليها حد الزنى[1].

كيفية الاستئمار:

اتفق الفقهاء على اشتراط تعيين الزوج للمرأة لتعبر عن قبولها أو رفضها له، واختلفوا في اشتراط ذكر الصداق على قولين:

القول الأول: عدم اشتراط ذكره، وهو قول جمهور الفقهاء، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. أن اختلاف رغبتها يكون باختلاف الزوج لا باختلاف المهر.

2. أن الأب لا يقف على مرادها في حق الزوج، فأما في حق الصداق فالأب يعلم بمرادها في ذلك وهو صداق مثلها، فلا حاجة إلى تسمية ذلك.

(1) المنتقى: 3 /352.

3 . أن الشرط في أصل النكاح تسمية الزوجين لا المهر ففي الاستئمار أولى .

القول الثاني: اشتراط تسمية المهر، وهو قول بعض المتأخرين من الفقهاء، واستدلوا على ذلك بأن رغبتها قد تختلف باختلاف الصداق في القلة والكثرة .

الترجيح :

نرى أن الأرجح في المسألة أن يعين الزوج فقط دون تعيين للمهر حتى لا تكون حاجتها المادية العاجلة سببا لزواجها ممن لا ترغب فيه، ويكون بذلك ذكر المهر حائلا بينها وبين التفكير السليم في الموافقة أو الرفض .

وسنرى في الفصل الخاص بالمهر المقاصد الشرعية من المهر، وهي تتناسب مع هذا الترجيح، والله أعلم .

ثالثا ـ زواج الثيب:

ويختلف حكم استئمارها بحسب سنها على حسب الحالتين التاليتين :

الثيب الكبيرة:

اتفق الفقهاء[1] على أن الثيب الكبيرة لا يجوز تزويجها إلا بإذنها، ومن الأدلة على ذلك :

1 . أن رسول الله ﷺ قال : (لا تنكح الأيم حتى تستأمر)[2] .

2 . عن النبي ﷺ قال : (ليس للولي من الثيب أمر)[3] .

3 . قوله ﷺ : (الأيم أحق بنفسها من وليها)[4] .

الثيب الصغيرة:

اختلف الفقهاء فيما لو مات زوج الصغيرة عنها بعد ما دخل بها أو طلقها وانقضت عدتها، هل يجوز لأبيها أن يزوجها أم لا على قولين :

---

(1) وخالف في ذلك الحسن البصري فقال : للأب تزويج الثيب الكبيرة وإن كرهت .

(2) سبق تخريجه .

(3) سبق تخريجه .

(4) سبق تخريجه .

القول الأول: يجوز لأبيها وغيره من الأولياء أن يزوجها قبل البلوغ، وهو قول الحنفية والمالكية، والحنابلة في وجه، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. أن الولي ولى من لا يلي نفسه وماله فيستبد بالعقد عليها كالبكر.
2. أن الشرع اعتبارا لصغرها أقام رأي الولي مقام رأيها كما في حق الغلام، وكما في حق المال، وبالثيوبة لا يزول الصغر.
3. أن الرأي الذي تتمكن به من الإدلاء برأيها لا يحصل لها بالثيوبة في حالة الصغر.
4. أنه ولو ثبت لها رأي فهي عاجزة عن التصرف بحكم الرأي، فيقام رأي الولي مقام رأيها كما أنها لما كانت عاجزة عن التصرف في ملكها أقيم تصرف الولي مقام تصرفها.
5. أن المراد بالحديث البالغة، لأنه علق به ما لا يتحقق إلا بعد البلوغ، وهو المشاورة وكونها أحق بنفسها، وذلك إنما يتحقق في البالغة دون الصغيرة ولئن ثبت أن الصغيرة مراد فالمراد المشورة على سبيل الندب دون الحتم كما أمر باستئمار أمهات البنات.

القول الثاني: ليس للأب أن يزوج الثيب الصغيرة حتى تبلغ فيشاورها، وهو قول الشافعية والحنابلة في وجه آخر، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. قوله ﷺ: (والثيب تشاور)، فقد علق هذا الحكم باسم مشتق من معنى، وهو الثيوبة فكان ذلك المعنى هو المعتبر في إثبات هذا الحكم كالزنا والسرقة لإيجاب الحد.
2. قوله ﷺ: (الأيم أحق بنفسها من وليها)، والمراد بالأيم الثيب بدليل أنه قابلها بالبكر، فقال (البكر تستأمر في نفسها).
3. أنها ثيب ترجى مشورتها إلى وقت معلوم فلا يزوجها وليها بدون رضاها كالنائمة والمغمى عليها.
4. أن عبارتها في الأمر غير معتبرة لصغرها.
5. أن الإجبار يختلف بالبكارة والثيوبة لا بالصغر والكبر وفي تأخيرها فائدة، وهي أن تبلغ فتختار لنفسها.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو القول الثاني، لأن الولي الذي تسبب في ثيوبتها وهي لا تزال لم تبلغ لا ينبغي أن يوكل إليه أمر تزويجها، وهي لا تستطيع، بعد، التعرف على وجه مصلحتها.

والقول الأول يلزم عنه أحد أمرين:

إما أن يطبق الحديث، فتستشار من غير قدرة لها على إبداء رأيها، فيحتال عليها بصنوف الحيل، حتى يصير رأيها مطابقا لمبتغاهم منها، وفي ذلك احتيال على الحديث نفسه بتطبيق حروفه ومناقضة مقصده.

أو لا يطبق الحديث، ولا تستشار، وفي ذلك ترك لأمر وردت به النصوص الصحيحة القطعية من غير مبرر شرعي.

فهم بين أمرين إما ترك الحديث حرفا ومقصدا، وإما الاكتفاء بحروفه والاحتيال على روحه، وكلا الأمرين سواء.

كيفية إذن الثيب:

اتفق الفقهاء على أن إذن الثيب النطق من الناطقة، والإشارة أو الكتابة من غيرها، واستدلوا على ذلك بالأحاديث السابقة الدالة على ذلك، وبأن النطق لا يعتبر عيبا منها.

ومع ذلك، فإنه يمكن الاكتفاء منها بالأساليب الأخرى للتعبير إن منعها الحياء من التصريح مع دلالة الدلائل على موافقتها، لأن رسول الله ﷺ قصد الأعم الأغلب، ولم يقصد الأحوال النادرة، والعبرة بالرضى، وهو قد يظهر منها بالوسائل المختلفة كما يظهر من البكر.

رابعا ـ المعتوه:

- ويتعلق بحكم تزويج الولي للمعتوه المسائل التالية[1]:

---

(1) الروض المربع: 3/70، الكافي في فقه ابن حنبل: 3/25، كشاف القناع: 5/44، حاشية ابن عابدين: 3/66، بدائع الصنائع: 9/171، روضة الطالبين: 7/99.

التعريف:

لغة: العته هو نقص العقل من غير جنون أو دهش، والمعتوه المدهوش من غير مس أو جنون.

اصطلاحا: قال في حاشية ابن عابدين: (واختلفوا في تفسير المعتوه، وأحسن ما قيل فيه: هو من كان قليل الفهم، مختلط الكلام، فاسد التدبير، إلا أنه لا يضرب ولا يشتم، كما يفعل المجنون)[1]، وفي مقابل هذا عرفه صاحب المغني بقوله: (وهو الزائل العقل بجنون مطبق)[2].

ولا نرى تعارضا بين كلا التعريفين، لأن صاحب المغني ومن نهج نهجه عرفه بدوام الحالة الزمني، حتى يفرق بينها وبين العته المتقطع، وغيره وصف الحالة، وفرق بينها وبين الجنون المطبق، وقد أشار في الحاشية إلى هذ التفريق بقوله: (ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال، وقد يراد به من صار مغلوبا للجنون بحيث لا يفيق، أي لا يزول عنه ما به من الجنون قويا كان أو ضعيفا، فيدخل فيه المعتوه، ويحترز به عمن يجن ويفيق)[3].

حكم تزويج الولي للمعتوه:

اختلف الفقهاء في حكم تزويج الولي للمعتوه بحسب الحالتين التاليتين:

المعتوه الصغير:

اختلف الفقهاء في حكم تزويج الولي للمعتوه الصغير على قولين:

القول الأول: أن لأبيه تزويجه، وهو قول جمهور الفقهاء، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. أنه غير بالغ، فملك أبوه تزويجه، كالعاقل.
2. أنه إذا ملك تزويج العاقل مع أن له عند احتياجه إلى التزويج رأيا ونظرا لنفسه فلأن يجوز تزويج من لا يتوقع فيه ذلك أولى.

القول الثاني: لا يجوز لأبيه تزويجه، وهو قول الشافعية، واستدلوا على ذلك بأنه يلزمه بالتزويج حقوقا من المهر والنفقة، مع عدم حاجته، فلم يجز له ذلك، كغيره من الأولياء.

---

(1) حاشية ابن عابدين: 6/145، وانظر: أصول السرخسي: 1/348.

(2) المغني: 7/38.

(3) انظر تفاصيل الخلاف في تعريف المعتوه في: حاشية ابن عابدين: 6/145.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو تأخير زواج الصغير مطلقا، فكيف بالصغير المعتوه.

البالغ المعتوه:

اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز تزويج صاحب الجنون المتقطع إلا بإذنه، لأن من أمكن أن يتزوج لنفسه، لم تثبت الولاية عليه كالعاقل،ومثله من زال عقله بمرض مرجو الزوال، فهو كالعاقل، لأن ذلك لا يثبت الولاية على ماله.

واختلفوا في جواز تزويج الأب للبالغ المعتوه عتها دائما على قولين:

القول الأول: ليس للأب تزويجه بأي حالة من الحالات وهو رواية في مذهب أحمد، واستدلوا على ذلك بأنه رجل، فلم يجز إجباره على النكاح كالعاقل.

القول الثاني: إن طرأ عليه الجنون بعد البلوغ، لم يجز تزويجه، وإن كان مستداما، جاز وهو قول زفر.

القول الثالث: أن للأب تزويجه، وهو قول الجمهور، واختلفوا في اشتراط الحاجة وعدم اشتراطها على رأيين:

الرأي الأول: أن للأب تزويجه مطلقا مع ظهور أمارات الشهوة وعدمها، وهو ظاهر كلام أحمد، والخرقي، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. أنه غير مكلف، فجاز لأبيه تزويجه كالصغير، فإنه إذا جاز تزويج الصغير، مع عدم حاجته في الحال، وتوقع نظره عند الحاجة، فهاهنا أولى.
2. أنه معنى يثبت الولاية، فاستوى طارئه ومستدامه، كالرق، ولأنه جنون يثبت الولاية على ماله، فأثبتها عليه في نكاحه، كالمستدام.
3. أن الحاجة لا تنحصر في قضاء الشهوة، فقد تكون حاجته إلى الإيواء والحفظ، وربما كان دواء له، ويترجى به شفاؤه، فجاز التزويج له، كقضاء الشهوة.

الرأي الثاني: إنما يجوز تزويجه إذا ظهرت منه أمارات الشهوة باتباع النساء ونحوه، وهو مذهب الشافعي، واستدل على ذلك بأن في تزويجه مع عدم حاجته إضرارا به، بإلزامه حقوقا لا مصلحة له في التزامها.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو التفريق بين أنواع الحالات التي يكون بها الشخص معتوها، فإن كانت حالة المعتوه الصحية تسمح له ولزوجته بحياة عادية، أو قريبة من العادية، وكان في حاجة إلى هذا الزواج فالأولى تزويجه بشرط بيان حاله، وإلا كان ذلك من العيوب التي توجب التفريق، والأولى في تزويجه إن كانت له قدرة على التمييز تعيين من يزوج بها، والتعرف على علامات إذنه أو عدم إذنه، فلا يزوج إلا بإذنه وعلمه.

ونرى أن هذه من المسائل التي يمكن للطبيب أن يتدخل فيها، فالطبيب العدل الخبير هو الذي يمكنه أن يفتي في هذه المسألة بوجوب التزويج أو بعدم وجوبه، بل لو أفتى بحرمة التزويج خوفا على الزوجة أو الأولاد أو صحة المعتوه كان الأخذ بقوله في كل ذلك حتما لازما.

ونرى أن سبب الخلاف في تعريف المعتوه - كما مر - هو صلة هذه المسألة بالطب، فالأمراض العقلية والنفسية كثيرة جدا، ويصعب انحصارها في لفظي العته والجنون، فلذلك من الأولى مزج الكلام الفقهي في هذه النواحي بكلام أهل الاختصاص من الأطباء.

من يتولى تزويج المعتوه:

اختلف الفقهاء في من يتولى تزويج المعتوه على قولين:

القول الأول: لا يجوز لغير الأب ووصيه تزويجه، وهو قول المالكية.

القول الثاني: أن للحاكم تزويجه إذا ظهر منه شهوة النساء، بأن يتبعهن ويريدهن، وهو قول الشافعي.

الترجيح:

نرى أن كل من صحت ولايته - على ما ذكرنا سابقا - يجوز له تزويجه إن أثبت الطبيب العدل الخبير حاجته إلى الزواج وصلاحيته له، أما تحديد الزوجة فلا يكون إلا بعد إذنه وعلمه، أما الإجراء الشكلي لعقد الزواج فيمكن أن يخضع فيه للترتيب الذي نص عليه الفقهاء بتقديم الأقرب فالأقرب.

خامسا ـ السفيه المحجور عليه:

يمكن حصر الحالات التي ترتبط فيها الولاية بزواج السفيه المحجور عليه في ما يلي[1]:

الحالة الأولى: تزويج الولي له:

اتفق الفقهاء على أن لولي السفيه تزويجه، إذا علم حاجته إلى النكاح بقوله أو بغير قوله، وتستوي في ذلك حاجته إلى الاستمتاع أو إلى الخدمة، فإن لم يكن به حاجة إليه، لم يجز تزويجه؛ لأنه يلزمه بالنكاح حقوق؛ من المهر، والنفقة، والعشرة، والمبيت، والسكنى، فيكون تضييعا لماله ونفسه في غير فائدة كتبذير ماله، واستدلوا على جواز تزويجه بأن الغرض من الحجر عليه خدمة مصالحه، والزواج من مصالحه، لأنه يصون به دينه وعرضه ونفسه.

ولكنه مع جواز تزويج الولي له لا يصح الزواج إلا بعد استئذانه[2] وتعيين المرأة له للأدلة التالية:

1. أنه يملك الطلاق فلم يجبر على النكاح، كالرشيد والعبد الكبير.
2. أن إجباره على النكاح مع ملك الطلاق، مجرد إضرار، فإنه يطلق فيلزمه الصداق مع فوات النكاح.
3. أنه قد يكون له غرض في امرأة، ولا يكون له في أخرى، فإذا أجبر على من يكرهها، لم تحصل له المصلحة منها، وفات عليه غرضه من الأخرى، فيحصل مجرد ضرر مستغنى عنه.

الحالة الثانية: إذن الولي له بالزواج:

اتفق الفقهاء على أن للولي أن يأذن له في التزويج عند الحاجة؛ لأنه من أهل النكاح فهو عاقل مكلف، ولذلك يملك الطلاق والخلع، فجاز أن يفوض إليه ذلك، واختلف الفقهاء في الحجر عليه في التعيين على قولين:

القول الأول: أن الولي مخير في هذا الإذن بين أن يعين له المرأة، أو يأذن له مطلقا، وهو قول الجمهور، لأنه إذن في النكاح، فجاز من غير تعيين.

---

(1) دقائق المنهاج: 67، إعانة الطالبين: 3/329، حاشية البجيرمي: 3/358، حواشي الشرواني: 7/290، التاج والإكليل: 3/454، جواهر العقود: 2/10.

(2) قال بعض الحنابلة: يصح مع عدم استئذانه؛ لأنه عقد معاوضة، فملكه الولي في حق المولى عليه، كالبيع، ولأنه محجور عليه، أشبه الصغير والمجنون.

القول الثاني: أن الولي يحتاج إلى التعيين له، وهو قول بعض الشافعية، لئلا يتزوج من يكثر مهرها ونفقتها، فيتضرر بذلك.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة عدم ارتباط السفه بحرية اختيار الزوجة، فلذلك لا يصح أن نفرض عليه زوجة معينة، ثم نعرض الزوجة بعد ذلك للطلاق، لأن الزواج لم يقم على أساس صحيح، وكان الأولى بمن يقول بلزوم تعيين الزوجة أن يقول مع ذلك بعدم صحة طلاقه، وإلا كان تزويجه مع التعيين عبثا، فالولي يدخل عليه من يختارها مستبدا بالولاية من باب، والسفيه يخرجها بالعصمة التي في يده من باب آخر.

ولا بأس أن ننقل هنا بعض ما قاله الفقهاء في هذا المجال ليكون وحده كافيا في ترجيح ما ذكرنا بعد عرضه على مقاصد الشريعة من الزواج، قال في روضة الطالبين: (فعلى الصحيح إن عين له امرأة لم يصح نكاح غيرها، ولينكحها بمهر المثل أو أقل، فإن زاد فحكى ابن القطان قولا مخرجا أن النكاح باطل، والمشهور صحته، لأن خلل الصداق لا يفسد النكاح، فعلى هذا تبطل الزيادة ويجب مهر المثل... وإن قال له الولي انكح إمرأة من بني فلان فلينكح واحدة منهن بمهر المثل... ولو جمع الولي في الإذن بين تعيين المرأة وتقدير المهر، فقال: انكح فلانة بألف، فإن كان مهر مثلها دون الألف فالإذن باطل، وإن كان ألفا فنكحها بألف أو أقل صح النكاح بالمسمى، وإن زاد سقطت الزيادة، وإن كان مهر مثلها أكثر من ألف فإن نكح بألف صح النكاح بالمسمى، وإن زاد لم يصح النكاح)[1].

وذكر آخر أنه إن لم يتزوج من عينها له (لم يصح النكاح،وإن كانت المعدول إليها دونها مهرا، وخيرا منها جمالا ونسبا ودينا)[2]، وكأن تسلط الولي هو الأساس في الإذن وعدمه لا مصلحة السفيه.

ولم يكتف بعض الفقهاء بذلك، بل ألزموا الولي بالتعيين: (أما إذا أطلق الولي الإذن فقال تزوج فوجهان أحدهما: وهو محكي عن أبوي علي ابن خيران والطبري، وعن الداركي أنه يلغو الإذن ولا بد من تعيين امرأة أو قبيلة أو مهر)[3].

---

(1) روضة الطالبين:7/97.

(2) حاشية البجيرمي:3/358.

(3) روضة الطالبين:7/98.

ولسنا ندري المصلحة المقصودة للسفيه، والتي يحرص الولي على تنفيذها من تزويجه من امرأة معينة أو قبيلة معينة.

الحالة الثالثة: زواجه من غير إذن الولي:

اتفق الفقهاء على أن السفيه إن طلب من وليه النكاح، فأبى أن يزوجه، فإن له أن يتزوج إن كانت له حاجة إليه لأن حقه متعين فيه، فصح استيفاؤه بنفسه، كما لو استوفى دينه الحال عند امتناع وليه من استيفائه، واختلفوا في صحة زواجه من غير استئذان وليه على قولين:

القول الأول: صحة الزواج إذا كان محتاجا، فإن عدمت الحاجة لم يجز؛ لأنه إتلاف لماله في غير فائدة، وهو قول الحنابلة.

القول الثاني: إن أمكنه استئذان وليه، لم يصح إلا بإذنه؛ لأنه محجور عليه، فلم يصح منه التصرف بغير إذنه، وهو قول الشافعية.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة عدم ارتباط السفه بالزواج، فلذلك يصح زواجه من غير إذن وليه إلا أنه يستحب استئذانه، لارتباط الزواج ببعض الحقوق المالية، فإن أبى الولي تزويجه كان له أن يتزوج من غير إذنه، ويلزم ولي الأمر وليه بتسديد حاجته المادية في ذلك الزواج على خلاف ما ذكر بعضهم من أنه (لو نكح السفيه بغير إذن الولي لا يجب المهر كما لو بيع منه شيء، فأتلفه)[1].

أما ربط المسألة بحاجة السفيه إلى الزواج، فإن ذلك غير ظاهر ولا منضبط، لأن نوع الحاجة للزواج يختلف من شخص لآخر، ولا يمكن التعرف عليها - أحيانا كثيرة - بالعلامات، فيكفي في الدلالة على ذلك إعلانه عن رغبته في الزواج.

---

(1) قال صاحب المنثور: «واستشكله الرافعي من جهة أن المهر حق للزوجة، وقد تزوج، ولا شعور لها بحال الزوج، فكيف يبطل حقها» المنثور: 1/353.

المبحث الرابع
الوكالة في الزواج[1]

تعريف الوكالة:

لغة: يُقال وَكَّلَهُ بأمر كذا تَوْكِيلاً، والاسم الوِكَالَةُ بفتح الواو وكسرها، والتَّوَكُّلُ إظهار العجز والاعتماد على غيرك، والاسم التُّكْلانُ واتَّكَلَ على فلان في أمره إذا اعتمده، ووَكَلَهُ إلى نفسه من باب وعد، ووُكُولاً أيضا وهذا الأمر مَوْكُولٌ إلى رأيك، ووَاكَلَهُ مُوَاكَلَةً إذا اتَّكَل كل واحد منهما على صاحبه[2].

اصطلاحا: من التعاريف الاصطلاحية للوكالة:

1. تفويض شخص أمره إلى آخر فيما يقبل النيابة[3].

2. نيابة ذي حق غير ذي إمرة، ولا عبادة لغيره فيه غير مشروطة بموته[4].

أولا ـ حكم الوكالة:

اتفق الفقهاء على جواز التوكيل في عقد النكاح، فيقوم الوكيل نيابة عن الولي أو الزوج بالإيجاب والقبول، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. أن النبي ﷺ وكل عمرو بن أمية، وأبا رافع، في قبول النكاح له[5].

2. أن الحاجة تدعو إليه، فإنه ربما احتاج إلى التزوج من مكان بعيد، ولا يمكنه السفر إليه، فالنبي ﷺ تزوج أم حبيبة، وهي يومئذ بأرض الحبشة.

3. أن ركن العقد هو الإيجاب والقبول، وذلك من حق المتعاقدين، فإذا أضافاه إلى محل قابل للعقد فإنه يتم به الانعقاد، إذ لا ضرر على الغائب في انعقاد العقد، وإنما الضرر عليه في

---

(1) انظر في هذا المبحث: المدونة: 2/110، الام:5/18، المحلى:9/169، المبسوط:5/21، و19/117، المغني: 7/14، تبيين الحقائق: 2/132، الفروع:15/181، العناية شرح الهداية: 3/313، التاج والإكليل:5/82، شرح البهجة:3/176 نهاية المحتاج:5/26.

(2) مختار الصحاح:306.

(3) أسنى المطالب:2/260.

(4) التعريف لابن عرفة نقلا عن: فروق القرافي:4/28.

(5) سبق تخريجه.

التزام العقد، وقد يتراخى الالتزام عن أصل العقد فتثبت صفة الانعقاد؛ لأنه حق المتعاقدين، ويتوقف تمامه وثبوت حكمه على إجازة من وقع العقد له دفعا للضرر عنه.

من يثبت له حق التوكيل:

اتفق الفقهاء على أن الشخص إن كان لا يملك القدرة على التصرف بنفسه، إما لعدم أهليته للتصرف، أو عدم ولايته عليه، لا يصح له أن ينيب غيره فيه، لأن فاقد الشيء لا يعطيه، أما إن كان الشخص يملك عقده بنفسه في موضع جاز له أن يوكل غيره ليقوم بدله في إنشائه، واختلفوا بناء على ذلك فيمن يملكه من الرجال والنساء على قولين:

القول الأول: أنه يصح التوكيل فيه للرجل والنساء على السواء ما دام كل منهما توفرت فيه أهلية إنشائه، وهو مذهب الحنفية كما هو مقرر عندهم في الولاية.

القول الثاني: أنه لا يملك التوكيل في الزواج إلا الرجل سواء بالنسبة لنفسه أو لمن في ولايته، وهو قول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة، واختلفوا في توكيله من يزوج موليته بغير إذنها على رأيين:

الرأي الأول: أنه لا يملك التوكيل إلا بإذنها، وهو قول عند الشافعية، واستدلوا على ذلك بأنه لا يملك التزويج إلا بإذنها.

الرأي الثاني: أنه يملك التوكيل على ذلك بدون إذنها، وهو قول الجمهور، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. أن ولايته من غير جهتها، فلم يعتبر إذنها في توكيله فيها، كالأب، بخلاف الوكيل.
2. أنه متصرف بحكم الولاية الشرعية، فأشبه الحاكم، لأن الحاكم يملك تفويض عقود الأنكحة إلى غيره بغير إذن النساء.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو القول الأول بناء على ما سبق ذكره في الولاية، أما توكيل من يجبرها على الزواج بناء على حق الأب في الإجبار فهو قول بعيد لا دليل عليه، إلا إذا كانت الوكالة من باب الإجراء الشكلي الذي ينوب فيه الوكيل عن الولي في الإيجاب أو القبول، فلا حرج في ذلك، ولا حاجة لاستئذان المتولى عليها لعدم تضررها بذلك.

توكيل غير الأب والجد:

اختلف الفقهاء في توكيل غير الأب والجد على قولين:

القول الأول: لا يجوز توكيل غير الأب والجد، وهو وجه في مذهب الشافعية، واستدلوا على ذلك بأنه يلي بالإذن، فلم يجز التوكيل له، كالوكيل.

القول الثاني: جواز التوكيل مطلقا، وهو قول الجمهور، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. أنه يلي شرعا، فكان له التوكيل كالأب.

2. أن ولايته ثابتة قبل إذنها، وإنما إذنها شرط لصحة تصرفه، فأشبه ولاية الحاكم عليها.

الترجيح:

الأرجح هو ثبوت الوكالة لكل من ثبتت له الولاية بالشروط المتقدمة، لأن دور الولي أو الوكيل لا يعدو الوساطة بين الزوج والمتولى عليها، فلا حرج لذلك أن يستنيب أي قريب من أقاربها في حال فقد أصولها أو فروعها من يتولى الولاية عليها بشرط رضاها بالوكيل وقبولها بوكالته.

صيغة التوكيل:

لا يشترط في التوكيل أن يكون مكتوباً بل يجوز مشافهة أو كتابة، ولا تتوقف صحته في الزواج على الإشهاد عليه، بل يجوز بدون شهود، لأنه ليس جزءاً من عقد الزواج المشترط فيه الإشهاد، وإن كان الإشهاد عليه أو توثيقه مستحسناً حتى لا يكون عرضة للإنكار أو يحصل نزاع في صفة العاقد.

توكيل الوكيل غيره:

يتوقف حكم توكيل الوكيل غيره على صيغة التوكيل بحسب إطلاقها وتقييدها كما يلي:

عند إطلاق الوكالة: بأن قال له: وكلتك في زواجي ولك أن توكل من تشاء، أو قال: فوضت أمر زواجي إلى رأيك، ففي هذه الحالة يملك الوكيل توكيل غيره، ويكون الوكيل الثاني وكيلاً عن الموكل الأصلي، فإذا عزل الموكل الوكيل الأول قبل الزواج فإن الوكيل الثاني لا ينعزل بعزله، لأن وكالته مستمدة من الموكل فيبقى على وكالته ما لم يعزله عنها.

عند تقييد الوكالة: إذا لم يطلق الموكل في وكالته فليس للوكيل أن يوكل غيره، لأن ولاية الوكيل مستمدة من الموكل، فالولاية له وحده دون غيره، حيث رضي الموكل رأيه هو دون سواه، فإن فعل وتولى وكيل الوكيل العقد كان موقوفاً على إجازة الموكل الأصلي لأن متوليه في هذه الحالة فضولي.

حدود دور الوكيل:

دور الوكيل ـ كما بينا سابقا ـ محدود بالعقد،فلذلك لا علاقة له بما يترتب عن العقد من مهر وغيره إلا إذا وكل بذلك، فدور الوكيل ـ انطلاقا من ذلك ـ يقتصر على ما يلي:

أولا: أن يضيف العقد إلى موكله، فلا يرجع إليه شيء من حقوق العقد ولا يضمن شيئاً من ذلك إلا إذا تكفل به، وحينئذ تكون الحقوق راجعة إليه باعتباره كفيلاً، لا باعتباره وكيلاً.

ثانيا: أن لا يقبض مهر الزوجة إلا إذا كان مأذوناً بذلك صراحة أو دلالة[1]، فلو سلم الزوج المهر إليه ولم يكن مأذوناً في قبضه، ولم ترض الزوجة بهذا القبض لا تبرأ ذمة الزوج منه ولها المطالبة به، أما إذا كان مأذوناً بذلك، فإن ذمة الزوج تبرأ منه وليس لها حق المطالبة به بعد ذلك، إلا إذا كانت ثيباً أو كان الوكيل غير الأب والجد فإن السكوت لا يعتبر رضا بل لابد من الإذن الصريح ولا تبرأ ذمة الزوج بتسليم المهر للوكيل.

ثانيا ـ أنواع الوكالة

تنقسم الوكالة بحسب صيغتها وحدود دور الوكيل فيها إلى نوعين هما:

النوع الأول: الوكالة المقيدة:

وهي أن يقول طالب الزواج لآخر: وكلتك بتزويجي بفلانة، وسمى امرأة بعينها، أو وكله في تزويجه من أسرة معينة أو بمهر معين، أو تقول المرأة لرجل: وكلتك في تزويجي من فلان، أو بمهر معين أو ما شاكل ذلك، وحكم هذا النوع من الوكالة يختلف بحسب تنفيذ الوكيل ما شرط عليه في الوكالة أو عدم تنفيذه وتفصيل ذلك كما يلي:

(1) من الإذن بالقبض دلالة، أن يقبض الأب أو الجد مهر البكر الرشيدة وتسكت عن المطالبة به عند العقد فإن هذا السكوت يعتبر إذناً بالقبض فتبرأ ذمة الزوج به، لأن العادة جرت بأن يقبض الآباء مهور بناتهم الأبكار والجد مثل الأب في ذلك.

الحالة الأولى: عدم مخالفة الوكيل مقتضى الوكالة:

فبالنسبة للرجل إذا زوجه بالمرأة التي عينها وبالمهر الذي حدده[1]، فإنه ينفذ العقد ويلزم الموكل، لأنه ملك الوكيل تصرفاً معيناً فأتى به حسبما رسمه له.

وبالنسبة للمرأة، فإن زوجها بمن عينته، وبما حددته من المهر، فإن العقد ينفذ إذا كان الزوج كفئاً والمهر مهر المثل، ويلزم سواء كان لها ولي عاصب أو لا.

أما إن كان الزوج غير كفء أو المهر أقل من مهر المثل، فإن حكم ذلك يختلف بحسب وجود الأولياء وعدمهم، كما يلي:

عند وجود الولي العاصب: لا يصح العقد في حالة عدم كفاءة الزوج، لأنها لا تملك تزويج نفسها بغير الكفء على الرأي المفتى به عند الحنفية، وإذا كانت لا تملكه هي فإن الوكيل لا يملكه أيضا، وفي حالة نقصان المهر يلزم العقد في جانبها ولا يلزم وليها فلذا يكون له الحق في طلب تكميله فإن لم يفعل الزوج كان له الحق في طلب فسخه.

ونرى في هذه الحالة حق الأولياء في الرد لأجل الكفاءة بحسب خصالها الشرعية، أما الرد لنقصان المهر، فإن المهر حق المرأة، ولا يحق لأوليائها التدخل في تحديده بالزيادة أو النقصان، فكيف بإبطال الزواج بمن ترغب فيه مع كفاءته لأجل نقصان المهر.

عند عدم الولي العاصب: ينفذ الزواج ويلزم دون توقف على شيء، لأن الكفاءة والمهر المماثل حقها وحدها وقد أسقطتهما، والوكيل لم يخالف ما رسمته له.

الحالة الثانية: مخالفة الوكيل مقتضى الوكالة[2]:

وهو ما يسمى بعقد الفضولي، وقد اختلف الفقهاء في تصرفاته المختلفة، ومن بينها هذه المسألة، ويمكن حصر الخلاف في ذلك في القولين التاليين:

---

(1) اختلف قول الحنفية فيمن وكل رجلا بأن يزوجه امرأة بعينها، فزوجها إياه بأكثر من مهر مثلها فأجاز ذلك أبو حنيفة بناء على أصله في أن المطلق يجري على إطلاقه حتى يقوم دليل التقييد، وعند أبي يوسف ومحمد لا يلزمه النكاح إذا زاد أكثر مما يتغابن الناس فيه ؛ لان التقييد عندهما يثبت بدليل العرف، انظر: المبسوط: 19/117.

(2) المجموع: 9/249، نهاية الزين: 225، روضة الطالبين: 5/132، الفروع: 5/137، الكافي في فقه ابن حنبل: 3/4، كشاف القناع: 5/56.

القول الأول: بطلان تصرفات الفضولي وعدم توقفها على الإجازة، وهو قول أبي ثور وابن المنذر وأحمد في أصح الروايتين عنه، وهو القول المشهور عند الشافعية، وقول الظاهرية[1]، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. قول الله تعالى: ﴿ ... **وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ** ... ﴿١٦٤﴾ ﴾ (الأنعام).

2. حديث حكيم بن حزام قال (سألت رسول الله ﷺ، فقلت: يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي أبتاع له من السوق ثم أبيعه منه؟ قال: لا تبع ما ليس عندك)[2].

3. أن النبي ﷺ قال: (لا طلاق إلا فيما تملك ولا عتق إلا فيما تملك، ولا بيع إلا فيما تملك، ولا وفاء نذر إلا فيما تملك)[3].

4. أن رسول الله ﷺ أرسل عتاب بن أسيد إلى أهل مكة: (أن أبلغهم عني أربع خصال أنه لا يصلح شرطان في بيع، ولا بيع وسلف، ولا تبع ما لم تملك ولا ربح ما لم تضمن)[4].

القول الثاني: صحة العقد، وتوقفه على الإجازة، فإن أجازه من عقد له صح، وإلا بطل، وهو قول الحنفية، ولهم في المسألة التفصيل التالي:

فبالنسبة للرجل إذا زوجه الوكيل بامرأة غير التي عينها، أو من أسرة أخرى غير التي عينها أو بمهر أكثر مما حدده[5]، فإنه في هذه الحالة يتوقف العقد على إجازة الموكل، فإن أجازه نفذ وإن لم يجزه بطل، لأنه بمخالفته خرج عن مقتضى الوكالة فيكون فضولياً، وعقد الفضولي عند الحنفية موقوف على إجازة صاحب الشأن.

أما إذا زوجه بأقل من المهر الذي عينه، فإنه لا يتوقف العقد على إجازته، لأن المخالفة هنا صورية حيث فيها خير للموكل، لأن من يرضى التزوج بالكثير يرضى به بالقليل.

---

(1) المحلى: 8/436.

(2) الموطأ: 2/642، الترمذي: 3/534، البيهقي: 5/267، أبو داود: 3/283، النسائي: 4/39، ابن ماجة: 2/737،، أحمد: 3/402.

(3) أبو داود: 2/252.

(4) البيهقي: 5/339، المعجم الأوسط: 2/137.

(5) في حالة تزويجه بأكثر من المهر يتوقف على رضى الموكل، ولو تعهد الوكيل بدفع الزيادة، لان الموكل قد لا يرضى بهذا التعهد لما فيه من المنّة، والإنسان الحر لا يرضى بمنة غيره عليه وبخاصة في مهر زوجته.

وبالنسبة للمرأة، فإن مخالفة الوكيل مقتضى الوكالة، بأن زوجها من غير من عينته أو بأقل من المهر الذي حددته،فإن العقد يتوقف على إجازتها حتى ولو كان الزوج كفئاً، لأنه خرج عن مقتضى الوكالة، فقد ترغب المرأة في الزواج بمن هو أعلى منها ولا ترضى بزواج من يساويها.

فإن ردته بطل، وإن أجازته لزم في حقها وحق الولي إن كان الزوج كفئاً، والمهر مهر المثل، أما إن كان الزوج غير كفء فإن العقد يبطل رغم إجازتها، لأنها لا تملك ذلك، وإن كان كفئاً والمهر أقل من مهر المثل لزم في جانبها دون جانب الولي، فله حق الاعتراض.

ومن النصوص التي استدل بها أصحاب هذا القول على صحة عقد الفضولي وتوقفه على إجازة صاحب العقد:

1. حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ أعطاه ديناراً يشتري له به أضحية، فاشترى به أضحية وباعها بدينارين، واشترى أضحية بدينار، وجاءه بأضحية ودينار فتصدق النبي ﷺ بالدينار ودعا له بالبركة(1).

2. حديث عروة البارقي، قال: دفع إليَّ رسول الله ﷺ ديناراً لأشتري له شاة، فاشتريت له شاتين فبعت إحداهما بدينار، وجئت بالشاة والدينار إلى رسول الله ﷺ فذكر له ما كان من أمره، فقال بارك الله لك في صفقة يمينك، فكان يخرج بعد ذلك إلى كناسة الكوفة فيربح الربح العظيم، فكان من أكثر أهل الكوفة مالا(2).

3. حديث ابن عمر في قصة الثلاثة أصحاب الغار أن النبي ﷺ قال: (قال الثالث: اللهم استأجرت أجراء فأعطيتهم إلا رجل واحد، ترك الذي له وذهب، فثمرت أجره حتى الغرماء منه الأموال فجاءني بعد حين، فقال: يا عبد الله أد إلى أجري، فقلت كل ما ترى من أجرك من الإبل والبقر والغنم والرقيق، فقال: يا عبد الله لا تستهزئ بي، فقلت: لا أستهزئ فأخذه كله، فاستاقه فلم يترك منه شيئاً)(3).

---

(1) قال في الدراية: أخرجه أحمد والأربعة سوى النسائي وأخرجه البخاري في أثناء حديث، انظر:الدراية: 2/174، البخاري:3/1332، البيهقي: 6/111، الدارقطني :3/9، أبو داود: 3/256،مجمع الزوائد: 4/161.

(2) الترمذي: 3/559، الدارقطني:3/10، المعجم الكبير:17/160.

(3) البخاري:2/793.

الترجيح:

نرى من باب التيسير ورفع الحرج صحة القول الثاني بالضوابط المذكورة إلا ما يتعلق بالمهر، فقد يكون هذا الذي اصطلح عليه فضوليا رأى فرصة لصالح موكله، فلم يرد أن يضيعها، فعقد العقد بناء على ما عرفه من رغبة موكله، خاصة وأنه لم يوكل إلا لثقة الموكل فيه.

وليس هناك أي ضرر يلحق بأي جهة من الجهات لوقوع العقد صحيحا وتوقف لزومه على إجازة الموكل.

فاجتمعت في ذلك المصلحة ودرئت المفسدة، ودلت النصوص المذكورة بفحواها على صحة هذا التصرف إن تحققت فيه المصلحة، فاجتمعت بذلك كل الأدلة على رجحان هذا القول.

أما ما استدل به ابن حزم من الآية أو من الاستصحاب، فإن المجيز قد تصرف بإجازته تصرفا مسؤولا، لأن العقد يبقى متوقفا على إجازته، أما سائر النصوص فلا تعارض ما ذكرنا، ويمكن الجمع بينها بعدم اعتبار تصرف الفضولي تصرفا مطلقا، أو نهي الفضولي عن التصرف في ما لا يعنيه إن لم يتيقن المصلحة.

وقد يقال: إننا اليوم، لا نحتاج إلى مثل هذه الأقوال لتوفر وسائل الاتصال الكثيرة، كما زعم بعضهم بأن الساعة تغنينا الآن عن التطلع للشمس لمعرفة أوقات الصلاة، والبحث عن تفاصيل وقوتها، والإجابة على ذلك بأن الأحكام الشرعية لا تتوقف على هذه الوسائل، فقد تحول الظروف بين الشخص وبين استعمالها، وليس ذلك ببعيد.

النوع الثاني: الوكالة المطلقة:

تنقسم الوكالة المطلقة بحسب الموكل إلى قسمين:

1 ـ وكالة من الرجل:

وقد اتفق الفقهاء على جواز التوكيل المقيد برجل بعينه، واختلفوا في التوكيل المطلق وهو تزويج من يرضاه الموكل أو من يشاء، كان يقول: وكلتك في أن تزوجني دون أن يعين له

امرأة[1] أو مهراً، أو تقول لرجل: وكلتك في أن تزوجني دون أن تزيد على ذلك شيئاً، على قولين:

القول الأول: الجواز، ولا يلزمه إلا إذا كانت المرأة سليمة من العيوب مكافئة له وبمهر المثل أو يزيد قليلاً مما يتساهل فيه الناس، فإن كان بغير ذلك توقف على إجازته، وهو قول الجمهور، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. ما روي أن رجلا من العرب ترك ابنته عند عمر رضي الله عنه، وقال: إذا وجدت لها كفئًا فزوجه إياها، ولو بشراك نعله، فزوجها عمر عثمان بن عفان رضي الله عنه، فهي أم عمر بن عثمان، واشتهر ذلك، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة[2].
2. أنه إذن في النكاح، فجاز مطلقا، كإذن المرأة، أو عقد فجاز التوكيل فيه مطلقا.

القول الثاني: منع التوكيل المطلق، وهو قول لبعض الشافعية.

الترجيح:

نرى أن الأرجح صحة التوكيل المطلق، وتوقف لزوم العقد على إجازة صاحب العقد.

2ـ وكالة من المرأة:

يختلف حكم الوكالة المطلقة بحسب نوع الموكل، فإذا كان الموكل وليها، فإن الوكيل يملك ما يملكه الولي من التزويج، لأن الوكيل يستمد سلطانه من الموكل، فإن ملك التزويج بغير الكفء وبأقل من مهر المثل نفذ تزويج الوكيل بهذا، أما إن كان الولي لا يملك إلا التزويج بالكفء وبمهر المثل تقيد الوكيل بذلك.

أما إن كانت المرأة هي نفسها الموكلة، وكانت بالغة عاقلة، فإن كان لها ولي عاصب تقيد تزويج الوكيل بالكفء بالاتفاق، فإن زوجها بغير الكفء كان الزواج غير صحيح لأنها لو فعلت

---

(1) اختلف قول الحنفية فيما لو وكله أن يزوجه امرأة لم يسمها فزوجه ابنته على قولين:

القول الأول: لا يصح العقد إلا أن يرضى الزوج،وهو قول أبي حنيفة للأصل الذي قدمناه بأن مطلق التوكيل عند أبي حنيفة لا يملك التصرف مع ولده للتهمة فالتهمة دليل تقييد المطلق، ولذلك فإنه لو زوجه أخته جاز؛ لأنه غير متهم في حقها، وكذا لو زوجه امرأة عمياء أو معتوهة أو رتقاء أو ذمية أو مفلوجة.

القول الثاني: يصح العقد إذا كانت كبيرة ورضيت بذلك، وهو قول الصاحبين، انظر: المبسوط: 19/118.

(2) المغني: 7/15.

ذلك بنفسها كان زواجها غير صحيح على الرأي المفتى به عند الحنفية، وإن لم يكن لها ولي عاصب وزوجها بغير الكفء كان الزواج على إجازتها باتفاق الحنفية.

الفصل الثالث

الإشهاد على الزواج

من أهم الأسس التي يقوم عليها الزواج بصفته الشرعية الإشهاد عليه، فبه يفرق بين الحلال والحرام، ولذلك ذكرنا أنه ينبغي أن لا يكون مجرد شرط قد يصح العقد بدونه، بل هو ركن من أركان الزواج التي تتوقف عليها صحته.

وقد حصرنا الحديث عنه في مبحثين:

1. أحكام الإشهاد على الزواج سواء كانت أحكاما أصلية أم عارضة، وما يتعلق بها.

2. شروط الشهود ومواصفاتهم.

والذي دفعنا إلى تخصيص فصل لهذا الموضوع زيادة على اعتباره ـ كما ذكرنا ـ ركنا من أركان الزواج، أن كثيرا من الأحكام المتعلقة بفقه الأسرة تتعلق بما سنذكره في هذا الفصل.

المبحث الأول
أحكام الإشهاد على الزواج

أولا: تعريف الإشهاد:

لغة: الشاهد العالم الذي يُبَيِّنُ ما عَلِمَهُ، شَهِدَ شَهادة؛ ومنه قوله تعالى: ﴿ ...**شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ**...(١٠٦)﴾ (المائدة) أي الشهادةُ بينكم شهادةُ اثنين فحذف المضاف وأقام المضاف إليه مقامه. ورجل شاهدٌ، وكذلك الأُنثى لأَنَّ أَعْرَفَ ذلك إنما هو في المذكر، والجمع أَشْهاد وشُهود، وشَهيدٌ والجمع شُهَداء. والشَّهْدُ: اسم للجميع، واسْتَشْهَدَه: سأَله الشهادة. وفي التنزيل: ﴿... **وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ** ... (٢٨٢)﴾ (البقرة) والشَّهادَة خَبرٌ قاطعٌ تقولُ منه: شَهِدَ الرجلُ على كذا، وربما قالوا شَهْدَ الرجلُ، بسكون الهاء للتخفيف، وقولهم: اشْهَدْ بكذا أَي احْلِف[1].

اصطلاحا: عرف الفقهاء الإشهاد تعريفات كثيرة متقاربة، منها[2]:

1. عرفها الحنفية بأنه: إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء.
2. عرفها المالكية: بأنه إخبار حاكم من علم ليقضي بمقتضاه.
3. عرفها الشافعية بأنه: إخبار بحق للغير على الغير بلفظ أشهد.
4. عرفها الحنابلة بأنه: الإخبار بما علمه بلفظ أشهد أو شهدت.

ثانيا: حكم الإشهاد:

أ ـ الحكم التكليفي للإشهاد:

يختلف حكم الشهادة التكليفي بحسب الحالتين التاليتين[3]:

---

(1) لسان العرب: 3/ 229.

(2) انظر هذه التعاريف وغيرها في: منار السبيل: 2/ 445، الإقناع للشربيني: 2/ 612، شرح زيد بن رسلان: 211، فتح المعين: 4/ 273، البحر الرائق: 7/ 55، شرح فتح القدير: 7/ 375، الشرح الكبير: 4/ 164.

(3) الفروع: 6/ 473، المحرر في الفقه: 2/ 243، عمدة الفقه: 163، المهذب: 2/ 323، حاشية البجيرمي: 4/ 374، الهداية شرح البداية: 3/ 116، فتاوى السعدي: 2/ 794، الكافي لابن عبد البر: 487.

الحالة الأولى: حالة التحمل:

وهو أن يدعى ليشهد ويستحفظ الشهادة، وقد اختلف الفقهاء في نوع فرضية ذلك على قولين:

القول الأول: أن الإجابة للشهادة فرض كفاية يحمله بعض الناس عن بعض، حيث يفتقر إلى ذلك، ويخشى تلف الحق بعدم الشهادة، فإن كان الرجل في موضع ليس فيه من يحتمل ذلك عنه، تعين الفرض عليه في خاصته، واستدلوا على ذلك بأن الشاهد لا يصح أن يسمى شاهدا إلا بعد أن يكون عنده علم بالشهادة، وأما قبل أن يعلم بها فليس بشاهد، ولا يدخل تحت قوله تعالى: ﴿ ... **وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ** ... (٢٨٢) ﴾ (البقرة) إلا من هو شاهد.

فإن قام بالفرض اثنان، سقط الإثم عن الجميع، وإن امتنع الكل أثموا، وإنما يأثم الممتنع إذا لم يكن عليه ضرر، وكانت شهادته تنفع، فإن كان عليه ضرر في التحمل أو الأداء، أو كان ممن لا تقبل شهادته، أو يحتاج إلى التبذل في التزكية ونحوها، لم يلزمه، للأدلة التالية:

1. قول الله تعالى: ﴿ ... **وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ** ... (٢٨٢) ﴾ (البقرة).
2. قول النبي ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار)[1].
3. أنه لا يلزمه أن يضر نفسه لنفع غيره.

فإذا كان ممن لا تقبل شهادته، لم يجب عليه؛ لأن مقصود الشهادة لا يحصل منه، وقد نص المالكية على أنه إن لم يكن هناك إلا واحد فهي فرض عين عليه، فإن امتنع فهو عاص ويجبر بالضرب والسجن[2].

وقد اختلف أصحاب هذا القول في تأثيمه بالامتناع إذا وجد غيره ممن يقوم مقامه، فقيل: يأثم؛ لأنه قد تعين بدعائه، ولأنه منهي عن الامتناع بقوله تعالى: ﴿ ... **وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ**

---

(1) قال الهيثمي: رجاله ثقات، وقال النووي: هو حسن، قال الذهبي: حديث لم يصح: وقال ابن حجر: فيه انقطاع، ورواه الحاكم والدارقطني عن أبي سعيد وزاد من ضر ضره الله ومن شق شق الله عليه، وفيه عثمان بن محمد بن عثمان لينه عبد الحق والحديث حسنه النووي في الاربعي، ورواه مالك مرسلا وله طرق يقوي بعضها بعضا وقال العلائي للحديث شواهد ينتهي مجموعها إلى درجة الصحة أو الحسن المحتج به، انظر: فيض القدير:6/432، مجمع الزوائد: 4/110، سنن البيهقي الكبرى:6/69، ابن ماجة:2/784، الموطأ:2/745، أحمد:1/313.

(2) حاشية العدوي:2/343.

إذا مَا دُعُوا ... (٢٨٢) ﴾ (البقرة)، وقيل: لا يأثم؛ لأن غيره يقوم مقامه، فلم يتعين في حقه، كما لو لم يدع إليها.

القول الثاني: أنه واجب على كل من دعي إلى شهادة، أن يجيب سواء دعي إلى أن يستحفظ الشهادة، أو أن يؤدي ما حفظ، وهو قول لبعض أهل العلم ذكره ابن رشد[1]، واستدلوا على ذلك بقول الله تعالى: ﴿ ... **وَلا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا** ... (٢٨٢) ﴾ (البقرة).

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو القول الثاني لأنه قد يتخذ في أحيان كثيرة القول بالفرضية الكفائية ذريعة للفرار من أمثال هذه الواجبات التي علقت على الجماعة، بحجة أن هناك من يقوم بها، وقد نص قوله تعالى: ﴿ ... **وَلا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا** ... (٢٨٢) ﴾ (البقرة) على هذا الوجوب، أما ما قاله أصحاب القول الأول، فإنه لا يتعارض مع هذا، لأن الوجوب العيني يسقط إن تعلق به ضرر ما تطبيقا لقواعد رفع الحرج وإزالة الضرر.

وعلى ذلك ينص قول الله تعالى: ﴿ ... **وَلا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلا شَهِيدٌ** ... (٢٨٢) ﴾ (البقرة)، فمن الأقوال الواردة في الآية[2] ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه من أن معنى الآية: ولا يضار كاتب ولا شهيد بأن يدعى الشاهد إلى الشهادة والكاتب إلى الكتب، وهما مشغولان، فإذا اعتذرا بعذرهما أخرجهما وآذاهما قال: خالفتما أمر الله ونحو هذا من القول فيضر بهما[3]، فنهى الله سبحانه وتعالى عن هذا لأنه لو أطلقه لكان فيه شغل لهما عن أمر دينهما ومعاشهما.

---

(1) ذكر ابن كثير أن هذا القول مروي عن ابن عباس والحسن البصري، انظر تفسير ابن كثير: 1/337.

(2) ذكر القرطبي في تفسير الآية ثلاثة أقوال أحدها ما ذكرنا، والقولان الآخران، هما:

- لا يكتب الكاتب ما لم يمل عليه ولايزيد الشاهد في شهادته ولا ينقص منها، قاله الحسن وقتادة وطاوس وابن زيد وغيرهم.
- لا يمتنع الكاتب أن يكتب ولا الشاهد أن يشهد، وقد روي عن ابن عباس ومجاهد وعطاء.

ولايضار على هذين القولين أصله يضارر بكسر الراء ثم وقع الإدغام وفتحت الراء في الجزم لخفة الفتحة قال النحاس: ورأيت أبا إسحاق يميل إلى هذا القول،لأن بعده وإن تفعلوا فإنه فسوق بكم فالأولى أن تكون من شهد بغير الحق أو حرف في الكتابة أن يقال له محمود فهو أولى بهذا ممن سال شاهدا ان يشهد وهو مشغول، ولا مانع من الجمع بين الأقوال جميعا، انظر: تفسير القرطبي: 3/405.

(3) وأصل يضار على هذا يضارر بفتح الراء وكذا قرأ ابن مسعود يضارر بفتح الراء الأولى.

ولفظ المضارة يقتضي هذه المعاني، ولكن الجصاص مع ذلك حاول أن يستدل بالآية على عدم الفرضية العينية فقال: (والذي يدل على أنها فرض على الكفاية جائز للناس كلهم الامتناع من تحمل الشهادة، ولو جاز لكل واحد أن يمتنع من تحملها لبطلت الوثائق وضاعت الحقوق وكان فيه سقوط ما أمر الله تعالى به وندب إليه من التوثق بالكتاب والإشهاد، فدل ذلك على لزوم فرض إثبات الشهادة في الجملة، والدليل على أن معين على كل أحد في نفسه اتفاق المسلمين على أنه ليس على كل أحد من الناس تحملها، ويدل عليه قوله تعالى: ﴿ ... **وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ** ... (٢٨٢) ﴾)[1].

ولكن هذا الاستدلال ينتفي بما ذكره أولا من جواز امتناع الناس جميعا عن أدائها بحجة الفرضية الكفائية، أما من له شغل يشغله عنها فلا حرج عليه، فلا تنافي بين الوجوب العيني وعدم الاستطاعة، فالحج واجب عيني على كل مستطيع، والزكاة واجب عيني على صاحب النصاب، ولم يقل أحد من الفقهاء أنهما فرض على الكفاية.

وإنما دعانا إلى هذا الترجيح هو ما نراه من فرار الكثير من الناس من تحمل الشهادات خوفا مما قد ينجز عنها من مشاكل، وفي ذلك ضرر على مصالح الناس المرتبطة بالشهادة.

الحالة الثانية: حالة الأداء:

وهو أن يدعى ليشهد بما علمه واستحفظ إياه، وقد اتفق الفقهاء على وجوب الأداء في هذه الحالة، لقوله تعالى: ﴿ ... **وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ** (٢٨٣) ﴾ (البقرة) وإنما خص القلب بالإثم؛ لأنه موضع العلم بها، وقوله تعالى: ﴿ ... **وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ** ... (٢) ﴾ (الطلاق)، ولأن الشهادة أمانة، فلزم أداؤها، كسائر الأمانات.

فمن كانت عنده شهادة فلا يحل أن يكتمها، ويلزمه إذا دعي إليها أن يقوم بها، وأما إذا لم يدع إلى القيام بها فيلزمه أن يخبر بشهادته، ويقوم بها عليه عند الحاكم، فإن لم يخبر بشهادته سقطت شهادته؛ لأن سكوته عن ذلك جرحة، إلا أن يثبت أن له عذرا في عدم القيام.

---

(1) أحكام القرآن للجصاص :2/255.

ويستحب في هذا المسارعة إلى أداء الشهادة عند الحاجة إليها، وقد قال ﷺ في ذلك: (ألا أخبركم بخير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يُسألها[1])[2].

وليس في هذا الحديث مناقضة للحديث الآخر في ذم من يأتي بالشهادة قبل أن يستشهد كما روي عن عبد الله بن مولة قال: كنت أسير مع بريدة الأسلمي وهو يقول: اللهم ألحقني بقرني الذي أنا منه ثلاثا، وأنا معه فقلت: وأنا، فدعا لي ثم قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: (خير هذه الأمة القرن الذي بعثت فيهم، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم،ثم الذين يلونهم، ثم يكون قوم تسبق شهاداتهم أيمانهم[3]، وأيمانهم شهاداتهم)[4].

وقد تأول العلماء هذا تأويلات مختلفة، منها أنه محمول على من معه شهادة لآدمي عالم بها فيأتي فيشهد بها قبل أن تطلب منه، أو أنه محمول على شاهد الزور فيشهد بما لا أصل له ولم يستشهد، أو أنه محمول على من ينتصب شاهدا وليس هو من أهل الشهادة، أو أنه محمول على من يشهد لقوم بالجنة أو بالنار.

لذلك لا يصح الاستدلال بمثل هذه الأحاديث للتهرب من الشهادات تحملا أو أداء، قال الطحاوي: (فأولى بنا أن نحمل الآثار الأول على ما وصفنا من تأويل كل أثر منها حتى لا

---

(1) اختلف العلماء في تأويل هذا الحديث على الأقوال التالية:

القول الأول: أنه محمول على من عنده شهادة لإنسان بحق ولا يعلم ذلك الإنسان أنه شاهد فيأتي إليه فيخبره بأنه شاهد له، وهو تأويل مالك وأصحاب الشافعي.

القول الثاني: أنه محمول على شهادة الحسبة وذلك حقوق الآدميين المختصة بهم، فما تقبل فيه شهادة الحسبة الطلاق والعتق والوقف والوصايا العامة والحدود ونحو ذلك، فمن علم شيئا من هذا النوع وجب عليه رفعه إلى القاضي وإعلامه به.

القول الثالث: أنه محمول على المجاز والمبالغة في أداء الشهادة بعد طلبها لا قبله كما يقال: الجواد يعطي قبل السؤال أي يعطي سريعا حق السؤال من غير توقف، انظر: النووي على مسلم:12/17.

ولا مانع من حمل الحديث على هذه المعاني جميعا.

(2) مسلم: 3/1344، الموطأ: 2/720، النسائي: 3/494، ابن حبان: 11/470.

(3) احتج بهذا بعض المالكية في رد شهادة من حلف معها، وجمهور العلماء أنها لا ترد، ومعنى الحديث أنه يجمع بين اليمين والشهادة فتارة تسبق هذه وتارة هذه، وقال ابن الجوزي: المراد أنهم لا يتورعون ويستهينون بأمر الشهادة واليمين، انظر: تحفة الأحوذي:10/244.

(4) قال الترمذي: حديث حسن صحيح، سنن الترمذي:5/695، وانظر: أحمد:378.

تتضاد ولا تختلف ولا يدفع بعضها بعضا فتكون الآثار الأول على المعاني التي ذكرنا، وتكون هذه الآثار الأخر على تفضيل المبتدي بالشهادة من هي له أو المخبر بها الإمام، وقد فعل ذلك أصحاب رسول الله ﷺ فأتوا الإمام فشهدوا ابتداء)[1].

ثم ذكر من شواهد ذلك ما فعله أبو بكرة ومن كان معه حين شهدوا على المغيرة بن شعبة، فرأوا ذلك لأنفسهم لازما، ولم يعنفهم عمر على ابتدائهم إياه بذلك، بل سمع شهاداتهم ولو كانوا في ذلك مذمومين لذمهم، ولا قال لهم: من سألكم عن هذا ألا قعدتم حتى تسألوا، فلما سمع منهم ولم ينكر ذلك عليهم عمر ولا أحد ممن كان بحضرته من أصحاب رسول الله ﷺ دل ذلك على أن فرضهم كذلك وأن من فعل ذلك ابتداء لا عن مسألة محمود.

بل قد نطق القرآن العظيم بفضل المسارعة للشهادة تحملا وأداء في مواضع كثيرة، وجاءت الأخبار عن النبي ﷺ وعن الصحابة رضي الله عنهم، فقد جعلها الله أعلى منازل الرياسة ورفعها ونسبها إلى نفسه وشرف بها ملائكته وأجل خلقه فقال تعالى: ﴿ **لَكِنِ اللَّهُ يَشْهَدُ بِمَا أَنزَلَ إِلَيْكَ أَنزَلَهُ بِعِلْمِهِ وَالْمَلائِكَةُ يَشْهَدُونَ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ شَهِيداً** ﴿١٦٦﴾ ﴾ (النساء) و قال تعالى: ﴿ **فَكَيْفَ إِذَا جِئْنَا مِن كُلِّ أُمَّةٍ بِشَهِيدٍ وَجِئْنَا بِكَ عَلَىٰ هَؤُلاءِ شَهِيداً** ﴿٤١﴾ ﴾ (النساء) فجعل كل نبي شهيدا على أمته لكونه أفضل خلقه في عصره، فجعل ذلك أفضل منزلة وأعلى رتبة.

ومن الدلالة على شرف الشهادة أن الله تعالى خفض الفاسق عن قبول شهادته ورفع العدل بقبولها فقال تعالى: ﴿ ... **وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ** ... ﴿٢﴾ ﴾ (الطلاق) فأخبر تعالى أن العدل هو المرضي فقال: ﴿ ... **مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ** ... ﴿٢٨٢﴾ ﴾ (البقرة) وقال: ﴿ ... **وَلَوْلا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُم بِبَعْضٍ لَّفَسَدَتِ الأَرْضُ وَلَكِنَّ اللَّهَ ذُو فَضْلٍ عَلَى الْعَالَمِينَ** ﴿٢٥١﴾ ﴾ (البقرة) ومما فسرت به هذه الآية: ما يدفع الله عن الناس بالشهود في حفظ الأموال والدماء والأعراض فهم حجة الأنام وبقولهم تنفذ الأحكام[2].

2ـ الحكم الوضعي للإشهاد:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الشهادة شرط لازم في عقد الزواج لا يعتبر صحيحاً بدونها، ومن الأدلة على ذلك:

---

(1) شرح معاني الآثار: 4/152.

(2) انظر المزيد من الأدلة على فضل الشهادة في: معالم القربة في معالم الحسبة: 209.

1. عن ابن عباس – رضي الله عنه – أن النبي ﷺ قال: (البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة)[1].

2. عن النبي ﷺ قال: (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل)[2].

3. قوله ﷺ: (أعلنوا النكاح ولو بالدف)، وفي رواية: عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: أظهروا النكاح، واضربوا عليه بالغربال[3].

4. حضر رسول الله ﷺ إملاك رجل من الأنصار فقال: أين شاهدكم فأتي بالدف فأمر بأن يضرب على رأس الرجل.

5. عن أنس بن مالك رضي الله عنه أن النبي ﷺ رأى نساء وصبيانا جاؤوا من عرس فقام النبي ﷺ إليهم مثيلا يعني ماثلا وقال اللهم إنكم من أحب الناس إلي[4].

6. ما روي أن رجلا تزوج امرأة سرا، فكان يختلف إليها فرآه جار لها، فقذفه بها، فاستعدى عليه عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فقال له عمر رضي الله عنه: بينتك على تزويجها، فقال يا أمير المؤمنين كان أمر دون فأشهدت عليه أهلها، فدرأ عمر رضي الله عنه الحد عن قاذفه، وقال: حصنوا فروج هذه النساء، وأعلنوا هذا النكاح، ونهى عن المتعة[5].

(1) قال الترمذي: هذا محفوظ لا نعلم أحدا رفعه إلا ما روى عن عبد الأعلى عن سعيد عن قتادة مرفوعا، وروى عن عبد الأعلى عن سعيد هذا الحديث موقوفا، سنن الترمذي:3/411،قال ابن الجوزي: عبد الأعلى ثقة والرفع زيادة والزيادة من الثقة مقبولة وقد يرفع الراوي الحديث وقد يقفه، التحقيق في أحاديث الخلاف:2/268، وانظر:سنن البيهقي الكبرى:7/123، مصنف ابن أبي شيبة:3/458، الدراية:2/55.

(2) حكم جمهور المحدثين على هذا الحديث بالضعف، قال ابن حجر:حديث عمران بن حصين: لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل،رواه أحمد والدارقطني والطبراني والبيهقي من حديث الحسن عنه، وفي إسناده عبد الله بن محرز وهو متروك، ورواه الشافعي من وجه آخر عن الحسن مرسلا وقال: وهذا وإن كان منقطعا فإن أكثر أهل العلم يقولون به، تلخيص الحبير:3/156، وقال ابن الجوزي: في هذا الإسناد يزيد بن سنان قال أحمد: وعلي هو ضعيف وقال يحيى ليس بثقة وقال النسائي متروك الحديث وقال الدارقطني هو وأبوه ضعيفان، التحقيق في أحاديث الخلاف:2/256، وانظر: صحيح ابن حبان: 9/386، سنن البيهقي الكبرى:7/111، الدارقطني:3/221، مصنف ابن أبي شيبة: 3/455، مصنف عبد الرزاق:6/196، المعجم الأوسط: 18/142، مجمع الزوائد:4/286.

(3) سنن البيهقي الكبرى:7/290.

(4) سبق تخريجه.

(5) سنن البيهقي الكبرى:7/290.

7. عن أبي الزبير المكي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أتى بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة فقال: (هذا نكاح السر ولا أجيزه ولو كنت تقدمت فيه لرجمت).

8. كان لعائشة رضي الله عنها دف تعيره للأنكحة.

9. القياس: أن هذا عقد لاستباحة البضع فلم يفتقر إلى الشهادة كالرجعة وشراء الأمة، ولأنه عقد على منفعة فلم تكن مفارقة الشهادة شرطا في صحته كالإجارة.

10. سد الذريعة: فلو جاز لكل من وجد مع امرأة في خلوة أو أقر بجماعها أن يدعي النكاح لارتفع حد الزنا عن كل زان والتعزير في الخلوة فمنع من ذلك ليرتفع هذا المعنى[1].

قال الترمذي: (والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ ومن بعدهم من التابعين وغيرهم، قالوا: لا نكاح إلا بشهود لم يختلفوا في ذلك من مضى منهم إلا قوم من المتأخرين من أهل العلم، وإنما اختلف أهل العلم في هذا إذا شهدوا واحدا بعد واحد، فقال أكثر أهل العلم من الكوفة وغيرهم لا يجوز النكاح حتى يشهد الشاهدان معا عند عقدة النكاح، وقد روى بعض أهل المدينة إذا شهد واحد بعد واحد فإنه جائز إذا أعلنوا ذلك وهو قول مالك بن أنس وغيره، وقال بعض أهل العلم يجوز شهادة رجل وامرأتين في النكاح وهو قول أحمد وإسحاق)[2].

فقد اتفق الفقهاء إذن على اشتراط الإشهاد على الزواج، ولكن الاختلاف في ذلك لا يعدو أن يكون في بعض مسائل الإشهاد كوقت اشتراط الإشهاد، أو عدد الشهود، أو بعض مواصفات الشهود، والتي سنتعرض لها في ما يأتي من عناوين.

وقت اشتراط الإشهاد:

اختلف الفقهاء في الوقت الذي يشترط فيه الإشهاد على قولين:

القول الأول: أنه لا يلزم أن تكون الشهادة وقت العقد وإن كان ذلك مستحباً، وإنما يشترط الإعلان قبل الدخول، فلو دخل قبل أن يشهد كان عاصياً ويفرق بينهما، فالإشهاد على العقد شرط تمام، وهو مذهب المالكية وابن أبي ليلى وعثمان البتي، وقد لخص الخرشي رأي المالكية في اشتراط الشهود بقوله: (الحاصل أن أصل الإشهاد على النكاح واجب، وأما

---

(1) المنتقى: 3/ 313، أحكام القرآن لابن العربي: 3/ 509.

(2) سنن الترمذي: 3/ 411.

إحضارهما عند العقد فمستحب، فإن حصل الإشهاد عند العقد فقد وجد الأمران الاستحباب والوجوب، وإن فقد وقت العقد ووجد عند الدخول فقد حصل الواجب وفات الاستحباب، وإن لم يوجد إشهاد عند العقد والدخول ولكن وجدت الشهود عند واحد منهما فالصحة قطعا، وإن لم يحصل الوجوب والاستحباب، وإن لم توجد شهود عند واحد منهما فالفساد قطعا)[1] ومن أدلتهم على ذلك:

1. أن ماروي من قوله ﷺ: (لا نكاح إلا بولي وشاهدين عدلين) من حديث ابن عباس وأبي هريرة وابن عمر رضي الله عنهم فهو حديث ضعيف،قال ابن المنذر: (لا يثبت في الشاهدين في النكاح خبر)[2] وقال أحمد بن حنبل وغيره من أئمة الحديث: (لم يثبت عن النبي ﷺ في الإشهاد على النكاح شيء)[3]، ومع تقدير صحته، فالمراد بالنكاح هنا البناء لا العقد، أو المراد به لا نكاح كامل.

2. عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: أقام النبي ﷺ بين خيبر والمدينة ثلاثا بنينا عليه بصفية بنت حيي ودعوت المسلمين إلى وليمة فما كان فيها من خبز ولا لحم أمر بالأنطاع، فألقى فيها من التمر والأقط والسمن فكانت وليمته، فقال المسلمون: إحدى أمهات المؤمنين، أو مما ملكت يمينه، فقالوا: إن حجبها فهي من أمهات المؤمنين، وإن لم يحجبها فهي مما ملكت يمينه، فلما ارتحل وطأ لها خلفه وسدل الحجاب بينهما وبين الناس[4]. ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن أصحاب النبي ﷺ قالوا: إن حجبها فهي من أمهات المؤمنين، ولو كان أشهد على نكاحها لعلموا ذلك بالإشهاد[5].

3. أن القول باشتراط الإشهاد عند العقد يبطل كثيرا من عقود زواج المسلمين، فقد عقد المسلمون من عقود الزواج ما لا يحصيه إلا الله تعالى وليس في ذلك شهود،فعلم أن اشتراط الإشهاد دون غيره باطل قطعا، قال ابن تيمية: ولهذا كان المشترطون للإشهاد مضطربين اضطرابا يدل على فساد ما بنوا عليه، فليس لهم قول يثبت على معيار الشرع، إذا

(1) الخرشي: 3/167.

(2) المغني:7/7.

(3) الفتاوى الكبرى لابن تيمية:3/191.

(4) البخاري: 1/145، وغيرها، مسلم:2/1044.

(5) المنتقى:3/313.

كان فيهم من يجوزه بشهادة فاسقين، والشهادة التي لا تجب عندهم قد أمر الله فيها بإشهاد ذوي العدل، فكيف بالإشهاد الواجب[1]؟.

4. أما بطلان رأي مخالفيهم من جهة القياس فقال يزيد بن هارون: أمر الله تعالى بالإشهاد في البيع دون النكاح، فاشترط أصحاب الرأي الشهادة للنكاح، ولم يشترطوها للبيع[2].

5. أن البيوع هي التي ذكرها الله تعالى في الإشهاد عند العقد، وقد قامت الدلالة بأن ذلك ليس من فرائض البيوع، والنكاح الذي لم يذكر الله تعالى فيه الإشهاد أحرى بألا يكون الإشهاد فيه من شروطه وفرائضه، وإنما الغرض الإعلان والظهور لحفظ الأنساب.

6. أن الإشهاد يصلح بعد العقد للتداعي والاختلاف فيما ينعقد بين المتناكحين.

القول الثاني: أن الإشهاد واجب وقت العقد، فإذا وجد العقد بدون شهود كان الزواج غير صحيح، وهو مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة والأوزاعي والثوري، وهو قول ابن عباس وسعيد بن المسيب والحسن البصري والنخعي، ومن أدلتهم على ذلك[3]:

1. عن عائشة، رضي الله عنها، قالت: قال رسول الله ﷺ: (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل، وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل، فإن تشاجروا، فالسلطان ولي من لا ولي له)[4] قال الزيلعي: لم يقل فيه: وشاهدي عدل إلا ثلاثة أنفس: سعيد بن يحيى الأموي عن حفص بن غياث، وعبد الله بن عبد الوهاب الحجي عن خالد بن الحارث، وعبد الرحمن بن يونس الرقي عن عيسى بن يونس؛ ولا يصح في ذكر الشاهدين غير هذا الخبر[5].

2. أن النبي ﷺ قال: (كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح: خاطب وولي وشاهدان)[6].

3. قال عمر رضي الله عنه: (لا أوتى برجل تزوج امرأة بشهادة رجل واحد إلا رجمته).

---

(1) الفتاوى الكبرى لابن تيمية: 3/191، وانظر: الطرق الحكمية: 20.

(2) المغني: 7/7.

(3) الأم: 23/5، أحكام القرآن للجصاص: 2/613، بدائع الصنائع: 2/252، العناية: 3/197.

(4) سبق تخريجه.

(5) انظر: نصب الراية: 3/316.

(6) سبق تخريجه.

4. أن الحاجة مست إلى دفع تهمة الزنا عنها ولا تندفع إلا بالشهود؛ لأنها لا تندفع إلا بظهور النكاح واشتهاره، ولا يشتهر إلا بقول الشهود، وبه تبين أن الشهادة في النكاح ما شرطت إلا في النكاح للحاجة إلى دفع الجحود والإنكار[1].

5. أنه لما كان الشرط هو الإظهار، ويعتبر فيه ما هو طريق الظهور شرعا، وهو شهادة الشاهدين فإنه مع شهادتهما لا يبقى سرا كما قال القائل:

سرك ما كان عند امرئ وسر الثلاثة غير الخفي

6. إظهار خطر عقد الزواج فهو نظير اشتراط زيادة شيء في إثبات إتلاف ما يملك بالنكاح، وإنما اختص ذلك من بين سائر نظائره بزيادة شاهدين، فكذلك هذا التمليك مختص من بين سائر نظائره بزيادة شاهدين[2].

الترجيح:

نرى الأوجه في المسألة والأضبط لحفظ الأعراض الجمع بين القولين، فيشترط الشهود في العقد لحفظ حقوق المرأة إذا ما طلقت قبل الدخول، ويشترط الشهود كذلك قبل البناء تأكيدا له حتى لا يجحد الشهود حصول البناء، ويكفي في ذلك إشهار النكاح بما يشهره به الناس عادة من الولائم والحفلات وغيرها، أما الاقتصار على الإشهاد في العقد وحده وبشاهدين فقط ودون توثيق فإنا نرى حرمة ذلك، فقد يموت الشهود أو ينسون أو يغيبون أو لا تتوفر فيهم شروط الشهادة، ثم تضيع الحقوق الكثيرة بعد ذلك، وهي التي قصدها الشرع أولا حين شرع الإشهاد.

وقد ذكر ابن رشد سبب الخلاف في المسألة، وهو هل الشهادة في ذلك حكم شرعي، أم إنما المقصود منها سد ذريعة الاختلاف أو الإنكار؟ فمن قال حكم شرعي قال: هي شرط من شروط الصحة ومن قال: هي توثق قال من شروط التمام[3].

ونرى أن كلا المعنيين مقصودان في الشهادة.

---

(1) بدائع الصنائع: 2/253.

(2) المبسوط: 5/31.

(3) بداية المجتهد: 2/13.

حكم نكاح السر:

اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز نكاح السر، وهو النكاح الخالي من الشهادة والإعلان، واختلفوا إذا أشهد شاهدين، ووصيا بالكتمان هل هو سر أو ليس بسر؟ على قولين:

القول الأول[1] : أنه نكاح سر ويبطل العقد، ويفسخ إن وقع، وهو قول المالكية، قال ابن القاسم عن مالك: لو زوج ببينة وأمرهم أن يكتموا ذلك لم يجز النكاح، لأنه نكاح سر وإن تزوج بغير بينة استسرارا جاز وأشهدا فيما يستقبلان، وروى ابن وهب عن مالك في الرجل يتزوج المرأة بشهادة رجلين ويستكتمهما، قال: يفرق بينهما بتطليقة، ولا يجوز النكاح ولها صداقها، إن كان أصابها ولا يعاقب الشاهدان[2] ، وقال ابن حبيب: يحدان إن ثبت الوطء ما لم يكن فاشيا، وقال ابن القاسم: إذا لم يعذرا بالجهالة حدا، وشهادة الولي لهما بالنكاح لا تفيد، لأنه يتهم أنه يريد الستر على وليته.

وقد استدلوا على ذلك بأنه يصير نكاح سر، وهو باطل لأن المطلوب في الزواج الإعلان كما حض عليه رسول الله ﷺ بقوله: (أعلنوا النكاح واضربوا عليه الدفوف)[3] ، وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن نكاح السر[4] .

القول الثاني: أن هذا لا يؤثر في العقد، ولا يجعله سراً، وهو قول الحنفية والشافعية[5] ، وكيف يكون سراً وقد حضره أربعة وهم العاقدان والشاهدان[6] .

قال محمد بن الحسن الشيباني في الرد على قول المالكية ببطلان زواج السر مبينا المصالح الشرعية التي قد تفوت بإبطاله: (كيف يبطل هذا وقد شهدت عليه العدول؟ أرأيتم رجلا

---

(1) المدونة:2/128،المنتقى:3/314،تبصرة الحكام:1/349، مواهب الجليل: 3/409،الفواكه الدواني:2/4.

(2) تفسير القرطبي:3/79.

(3) سبق تخريجه.

(4) قال في مجمع الزوائد: رواه الطبراني في الأوسط عن محمد بن عبدالصمد بن ابي الجراح ولم يتكلم فيه أحد وبقية رجاله ثقات، مجمع الزوائد: 4/285.

(5) وقد رجح هذا القول بعض المالكية، قال ابن عبد البر:وهذا قول يحيى بن يحيى الليثى الأندلسى صاحبنا، قال:كل نكاح شهد عليه رجلان فقد خرج من حد السر، وأظنه حكاه عن الليث بن سعد، وقد رجحه كذلك القرطبي، قال: قول الشافعي أصح للحديث الذى ذكرناه وروى عن ابن عباس أنه قال لا نكاح إلا بشاهدى عدل وولى مرشد ولا مخالف له من الصحابة فيما علمته. انظر: تفسير القرطبي:3/80.

(6) بدائع الصنائع:2/253، مختصر اختلاف العلماء:3/259.

زوج ابنته وهي ثيب برضاها وأمرها، بالبينة العدول، رجلا كفئًا صالحا إلا أنهم يرضون من الصداق جميعا على أمر استحبوا أن لا يعلم به الناس، فسألهم أن يكتموا ذلك أيبطل ذلك النكاح؟ أرأيتم رجلا مستخفيا من سلطان زوج ابنته بالبينة العدول، واستكتم ذلك من خوف السلطان أبطل هذا النكاح، أو يزوج الرجل نفسه وهو مستخف من السلطان أ من دين عليه فسألهم ان يكتموا لمكان خوفه أيبطل هذا النكاح؟)[1].

ثم ناقش ما نص عليه المالكية من أدلة فقال: قالوا قد جاء في هذا أثر، فلا نخالفه، قيل لهم: قد سمعنا ذلك، وحدثنا به فقيهكم مالك أن رجلا تزوج امرأة بشهادة رجل وامرأة واحدة، فأبطل ذلك عمر رضي الله عنه، وقال: هذا نكاح السر لا أجيزه ولو تقدمت فيه لرجمت، وهذا عندنا من النكاح الذي لا يجوز، لأن البينة لم تتكامل فيه ولا يجوز إلا بشاهدين عدلين أو رجل وامرأتين ممن يرضى به من الشهداء، فإذا كملت الشهادة التي يحل بها النكاح فذلك نكاح العلانية وإن خفي، وليس بنكاح السر.

ألا ترى لو أن رجلا جلس وسط المسجد الحرام فنكح، ولم يحضر إلا العبيد والنساء لم يجز النكاح، وإن كان ظاهرا حتى يشهد على ذلك الأحرار المسلمون، أفلا ترون السر ههنا ليس على ما وصفتم، انما أبطل عمر رضي الله عنه نكاح السر لأنه نكاح لم يتكامل شهادة الشهود عليه[2].

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة صحة ما ذهب إليه أصحاب القول الأول، لأن الإشهاد هو الفاصل الأكبر بين الزواج والزنا، وإباحة زواج السر إشاعة للزنا وتضييع لحقوق المرأة وأولادها.

ولهذا نص على هذا كثير من السلف،فقد روي عن نافع مولى ابن عمر رضي الله عنه أنه قال: (ليس في الإسلام نكاح السر)، وعن عبد الله بن عتبة قال: (أشر النكاح السر) وعن محمد بن حاطب: (فصل ما بين الحلال والحرام الصوت يعني الضرب بالدف)[3]، ومقصود هذه النصوص جميعا هو إعلان الزواج، لأنه المقصد الأصلي من الإشهاد، أما الاحتيال بإحضار

---

(1) الحجة:3/233.

(2) الحجة:3/233.

(3) انظر هذه النصوص وغيرها في المصنف لابن أبي شيبة:3/321.

الشهود ثم استكتامهم فهو ينافي مقصد الشارع من الإشهاد، خاصة إذا كان في ذلك إهدار لحق المرأة، بل لحق بنيها في حال جحود الرجل لهم واستمرار الشهود في الكتمان.

والعجيب أن يستدل ابن حزم مع ظاهريته على أبيات من الشعر ولا يستدل بمقصد الشريعة من الإشهاد حين يقول: (وقال قوم: إذا استكتم الشاهدان فهو نكاح سر وهو باطل، قال أبو محمد: وهذا خطأ لوجهين: أحدهما أنه لم يصح قط نهي عن نكاح السر إذا شهد عليه عدلان. والثاني: أنه ليس سرا ما علمه خمسة: الناكح، والمنكح، والمنكحة، والشاهدان، قال الشاعر:

ألا كل سر جاوز اثنين شائع

وقال غيره:

السر يكتمه الاثنان بينهما وكل سر عدا الاثنين منتشر[1]

ومع ذلك فقد تبيح ظروف معينة هذا النوع من الزواج كما نص الإباضية على أنه (إذا استكتموه خوفا من ظالم فالظاهر أنه لا يحرم، ولا يفرق بينهما)[2]، ومثاله ما مر معنا سابقا من كلام محمد بن الحسن الشيباني، فلكل حال ما يناسبه من الأحكام.

نصاب الشهود[3]:

اتفق الفقهاء على أنه لا يثبت الزواج إلا بشاهدين على الأقل، على ما سنذكره من التفاصيل حول دخول المرأة مع الشهود، ولم يقل أحد بأقل من الشاهدين إلا في هذه المسألة التي يذكرها الحنفية والتي يكتفى فيها بشاهد واحد بناء على مذهبهم في الولاية، وهي: من أمر رجلا أن يزوج ابنته الصغيرة، فزوجها والأب حاضر، بشهادة رجل واحد سواهما، فإنه يجوز النكاح بهذه الصورة، لأن الأب يجعل مباشرا لاتحاد المجلس ويكون الوكيل سفيرا ومعبرا فيبقى المزوج شاهدا، وإن كان الأب غائبا لم يجز، لأن المجلس مختلف فلا يمكن أن يجعل الأب مباشرا، وعلى هذا إذا زوج الأب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد، إن كانت حاضرة جاز، وإن

(1) المحلى: 9/49.

(2) شرح النيل: 6/25.

(3) الأم: 5/23، المغني: 7/7، التاج والإكليل: 5/28، تحفة المحتاج: 7/229.

كانت غائبة لا يجوز لأنها إذا كانت حاضرة تجعل كأنها هي التي باشرت العقد، وكان الأب مع ذلك الرجل شاهدين[1].

أما لو أقر الوالد على الصغير أو الصغيرة بالنكاح، فإنه لا يثبت النكاح بإقراره ما لم يشهد به شاهدان عند أبي حنيفة، أما عند أبي يوسف ومحمد فإنه يثبت النكاح بإقراره[2].

حكم شهادة الأبداد:

انفرد المالكية ببيان أحكام هذا النوع من الشهادة بناء على رأيهم في الشهادة، فتجوز عندهم شهادة الأبداد[3] في النكاح، وهي أن لا يجتمع الشهود على شهادة الولي والزوج، بل إنما عقدوا وتفرقوا، وقال كل واحد لصاحبه: أشهد من لقيت، فتتم عندهم بشهادة ستة شهود: منهم اثنان على الولي، واثنان على الزوج، واثنان على الزوجة إن كانت ثيبا. وفي البكر ذات الأب تتم بأربعة: منهم شاهدان على الزوج وشاهدان على الولي.

أما إن أشهد كل واحد منهم الشهود الذين أشهدهم صاحبه مرة بعد مرة فليست شهادة أبداد، قال ابن الهندي: شهادة الأبداد لا تعمل شيئا، إذا شهد كل واحد منهم بغير نص ما شهد به صاحبه، وإن كان معنى جميع شهاداتهم واحدا، حتى يتفق منهم شاهدان على نص واحد. لكن في المذهب خلاف فيما قاله ابن الهندي، ففي أحكام ابن سهل سئل مالك عن شاهدين شهد أحدهما في منزل أنه مسكن هذا، وشهد آخر أنه حيزه، فقال خصمه: قد اختلفت شهادتهما. فقال مالك: مسكنه وحيزه شهادة واحدة لا تفترق[4].

شهادة المرأة:

وقد اختلف في قبول شهادتها في الأحكام المختلفة على أقوال كثيرة من لدن السلف الصالح، ويمكن حصر ما نقل عنهم في ذلك إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول[5]: عدم قبول شهادة النساء مطلقا، وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة،

---

(1) الجوهرة: 2/ 3.

(2) المبسوط: 4/ 225.

(3) الأبداد - لغة - هم المتفرقون، واحدهم بد، من التبديد؛ لأن الشهود شهدوا في ذلك متفرقين، واحد هنا وآخر في موضع آخر، وواحد اليوم وواحد غدا، وواحد على معنى، وواحد على معنى آخر.

(4) مواهب الجليل: 3/ 410، تبصرة الحكام: 1/ 321، الموسوعة الفقهية: 26/ 250.

(5) المدونة: 4/ 504، حاشية الصاوي: 2/ 235، مطالب أولي النهى: 5/ 81، فتوحات الوهاب: 4/ 141، كشف الأسرار: 3/ 404.

قال مالك: (لا يقبل النساء مع رجل ولا بدونه في قصاص، ولا حد، ولا نكاح، ولا طلاق، ولا رجعة، ولا عتق، ولا نسب، ولا ولاء، ولا إحصان، وتجوز شهادتهن مع رجل في الديون والأموال، والوكالة، والوصية التي لا عتق فيها، ويقبلن منفردات في عيوب النساء، والولادة والرضاع، والاستهلال، وحيث يقبل شاهد ويمين الطالب، فإنه يقضى فيه بشهادة امرأتين مع رجل في الأموال كلها، وفي العتق، لأنه مال، وفي قتل الخطأ، وفي الوصية لإنسان بمال، ولا يقبلن في أصل الوصية، لا مع رجل ولا بدونه)،ومن أدلتهم على ذلك:

1. قوله تعالى في الطلاق، وقيل في الرجعة: ﴿ ... وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ... (٢) ﴾ (الطلاق) ، والأمر يقتضي الوجوب.

2. أنه قول كثير من السلف رضي الله عنهم، قال سعيد بن المسيب وعبد الله بن عتبة: لا تقبل شهادة النساء إلا فيما لا يطلع عليه غيرهن، وقال عمر وعلي رضي الله عنهما: لا تجوز شهادة النساء في الطلاق ولا النكاح ولا الدماء ولا الحدود، وقال الزهري: مضت السنة من رسول الله ﷺ والخليفتين بعده ألا تجوز شهادة النساء في الحدود والنكاح والطلاق[1] .

3. من القياس، أن هذا معنى يثبت حكما في البدن، فإذا لم يثبت بشهادة النساء بانفرادهن لم يثبت بشهادتهن مع الرجال كالحدود والقصاص، وأن هذا جنس لا يثبت النكاح باثنين منه فلم يكن له مدخل في الشهادة به كالعبيد والفساق[2] .

القول الثاني[3] : صحة شهادتهن مع اشتراط وجود رجل معهن، وهو مذهب الحنفية[4] في هذه المسألة وفي أكثر مسائل الشهادات من القصاص والحدود والطلاق والرجعة مع الرجل، ولا يقبلن عندهم منفردات لا في الرضاع ولا في انقضاء العدة بالولادة ولا في الاستهلال، بل يشترطون صحبة رجل معهن، ولا يقبلن منفردات إلا في الولادة المطلقة وعيوب النساء،ومن أدلتهم على ذلك:

---

(1) الطرق الحكمية :130 .

(2) المنتقى :3/313، المدونة :4/503 .

(3) أحكام القرآن :1/660، المبسوط :5/32 .

(4) وهو كذلك مذهب الإباضية، فقد أجاز الإباضية أمينان أو أمين وأمينتان أو ثلاثة من أهل الجملة أو واحد وأربع نسوة، أو رجلان وامرأتان منهم أو أمين وأربع منهم، أو رجلان وأمينتان، انظر: ، شرح النيل :6/87 .

1. أن للنساء مع الرجال شهادة أصلية، وبما أن فيها ضرب شبهة من حيث إنه يغلب الضلال والنسيان عليهن كما أشار الله تعالى في قوله: ﴿ ... أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ ... (٢٨٢) ﴾ (البقرة) وبانضمام إحدى المرأتين إلى الأخرى تقل تهمة النسيان، ولا تنعدم لبقاء سببها وهي الأنوثة، فلا تجعل حجة فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص، فأما النكاح والطلاق فيثبت مع الشبهات، فهي شهادة فيها نظير شهادة الرجال، ولا إشكال أن تهمة الضلال والنسيان في شهادة الحضور لا تتحقق، فكان ينبغي أن ينعقد النكاح بشهادة رجل وامرأة، ولكنه قد ثبت بالنص أن المرأتين شاهد واحد فكانت المرأة الواحدة نصف الشاهد وبنصف الشاهد لا يثبت شيء، فاحتاجت إلى تكميلها بامرأة أخرى[1].

2. أن هذا أيضا قول كثير من السلف فقد روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قوله: (لا تجوز شهادة النساء بحتا، حتى يكون معهن رجل) وصح ذلك عن عطاء، وعمر بن عبد العزيز وصح عن جابر بن زيد قبول الرجل والمرأتين في الطلاق والنكاح، وقال طاووس: تجوز شهادة النساء في كل شيء مع الرجال، إلا الزنا، من أجل أنه لا ينبغي أن ينظرن إلى ذلك، وعن عطاء بن أبي رباح، قال: تجوز شهادة النساء مع الرجال في كل شيء، ويجوز على الزنا امرأتان وثلاثة رجال وقال سفيان الثوري: تقبل المرأتان مع الرجل في القصاص، وفي الطلاق، والنكاح، وفي كل شيء، حاشا الحدود، ويقبلن منفردات فيما لا يطلع عليه إلا النساء [2].

القول الثالث[3]: قبول شهادة النساء مطلقا، وهو مذهب الظاهرية، ومما استدل به ابن حزم عل ذلك:

1. روايته عنه ﷺ أنه قال: (شهادة المرأة بنصف شهادة الرجل)[4]، وبما أن الشهود اثنان فاشترط إشهاد أربع من النسوة.

2. أنه قد نقل الاكتفاء بشهادة النسوة عن بعض السلف، فصح عن إياس بن معاوية قبول امرأتين في الطلاق، وصح عن شريح: أنه أجاز شهادة أربع نسوة على رجل في صداق

---

(1) المبسوط: 32/5.

(2) الطرق الحكمية: 130.

(3) المحلى: 49/9.

(4) قال في مجمع الزوائد: رواه البزار ورجاله ثقات، مجمع الزوائد: 119/3.

امرأة، وعن أبي لبيد : أن سكرانا طلق امرأته ثلاثا، فشهد عليه أربع نسوة فرفع إلى عمر بن الخطاب، فأجاز شهادة النسوة، وفرق بينهما، وعن محمد بن سيرين أن رجلا ادعى متاع البيت، فجاء أربع نسوة فشهدن، فقلن: دفعت إليه الصداق، فجهزها به، فقضى شريح عليه بالمتاع.

الترجيح:

نرى أن كل ذلك يجوز بدليل اختلاف المروي عن السلف الصالح رضي الله عنهم في ذلك، ولأن العبرة ليست في جنس الشاهد وإنما في العدالة والضبط، وليس في النصوص الشرعية ما يقيد هذا النوع من الشهادة بجنس بعينه، مع اعتبار أن شهادة المرأة بنصف شهادة الرجل للنصوص الدالة على ذلك.

المبحث الثاني
شروط الشهود

وهذه الشروط متعلقة بالذين يشرطون الشهود حين العقد أما من يقول بالإعلان فلا يشترط هذه الشروط، فهو بمثابة الحديث المتواتر المستفيض الذي يشترك في روايته البر والفاجر والصغير والكبير.

وقد ينكر البعض مبالغتنا في اعتبار بعض هذه الشروط، ويزعم أن الحال تغير الآن، وأن التوثيق الكتابي أو الإلكتروني قد وصل إلى قمة درجاته، ولكن ذلك ـ فيما نرى ـ لا يعتبر مانعا من هذا الاستيثاق، فقد يتعرض المكتوب لأي أذى، وقد يتلف الموثق إلكترونيا لأي سبب، ويحتاج بعدها لإعادة التوثيق، ثم إننا لا نعتبر الشهود إلا جزءا من عملية التوثيق، ولهذا الجزء أهميته، فلذلك لا ينبغي بالتقصير في الشروط جعل الشهادة أمرا شكليا مع أهميتها المشار إليها في النصوص وأقوال الفقهاء.

فلذلك لا يصح أن نعتبر بعض الخلاف الوارد في بعض هذه المسائل مثلما يقول بعض فقهاء الحنفية عند ذكره لشروط الإشهاد على النكاح: (الشرط فيه حضور الشاهدين لإسماعهما وفي رواية لا بد من سماعهما، ولو عقد بحضرة النائمين جاز على الأصح ولا ينعقد بحضور الأصمين على المختار وبحضرة السكارى صح إذا فهموا، وإن لم يذكروا بعد الصحو)[1].

وقال آخر: (وإن سمعا كلام العاقدين ولم يعرفا تفسيره قيل بأنه يصح والظاهر خلافه، وعن محمد رحمه الله تعالى إذا تزوج امرأة بحضرة تركيين أو هنديين؛ قال: إن أمكنهما أن يعبرا ما سمعا؛ جاز وإلا فلا)[2].

وعقب على ذلك بقوله: (وهل يشترط فهم الشاهدين العقد، ذكر في الفتاوى أن المعتبر السماع دون الفهم حتى لو تزوج بشهادة الأعجميين جاز. قال الظهير: والظاهر أنه يشترط الفهم أيضا)[3].

---

(1) تبيين الحقائق: 2/ 99.

(2) الفتاوى الهندية: 1/ 268.

(3) الفتاوى الهندية: 1/ 268.

وسبب عدم اعتبار مثل هذا الخلاف هو منافاته للقواعد الشرعية التي تسد الذرائع أمام التحايل على المقاصد الشرعية بالأخذ بالشكل الظاهر للحكم دون مراعاة تحقيقه للغاية، وقد ذكر الفقهاء ذلك في معرض ردهم على مثل هذه الأقوال، قال في درر الحكام: (ولقد أنصف المحقق الكمال حيث قال: ولقد أبعد عن الفقه وصرف عن الحكمة الشرعية من جوزه بحضرة النائمين)[1].

وهذه الشروط كثيرة جدا يمكن جمع شتاتها في شرطين، الأهلية لتحمل الشهادة، والثقة في صدق الشاهد وعدم اتهامه بالكذب، وهذا المبحث تفصيل لفروع هذين الشرطين:

الشرط الأول: الأهلية لتحمل الشهادة[2]:

البلوغ:

اتفق الفقهاء على أنه لا تصح شهادة الصبيان، ومن الأدلة على ذلك:

1. قوله تعالى: ﴿ ... وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ... (٢٨٢) ﴾ (البقرة)، والصبي ليس من الرجال[3].
2. قوله ﷺ: (رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يكبر، وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق)[4].
3. أنه إذا لم يؤمن على حفظ أمواله، فلأن لا يؤمن على حفظ حقوق غيره أولى.

---

(1) درر الحكام: 1/ 329

(2) المغني: 7/ 8، الأم: 5/ 23، المبسوط: 5/ 32، بدائع الصنائع: 2/ 253، تبيين الحقائق: 2/ 98، العناية: 3/ 197، الجوهرة النيرة: 2/ 3.

(3) انظر: تفسير القرطبي: 3/ 390.

(4) قال في الدراية: أخرجه الأربعة إلا الترمذي من حديث عائشة، وصححه الحاكم وفي إسناده حماد بن ابي سليمان مختلف فيه، وأخرجه أبو داود من حديث علي، وصححه الحاكم، وقال الدارقطني تفرد به ابن وهب، الدراية تخريج أحاديث الهداية: 2/ 198. انظر: صحيح ابن خزيمة: 2/ 102، المستدرك: 1/ 389، الدارمي: 2/ 225، أبو داود: 4/ 139، سنن البيهقي الكبرى: 4/ 269، النسائي: 6/ 156 سنن ابن ماجة: 1/ 658، أحمد: 1/ 140.

العقل:

أجمع العلماء على أنه لا تصح شهادة غير العاقل، سواء أذهب عقله بجنون أو سكر، لأنه لا يعقل ما يقوله ولا يصفه، ولأنه ليس بمحصل ولا تحصل الثقة بقوله، ولأنه لا يأثم بكذبه، ولا يتحرز منه.

الحرية[1]:

اختلف الفقهاء في قبول شهادة العبد على قولين:

القول الأول: لا تجوز شهادة العبيد، وهو قول جمهور الفقهاء، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. قياس العبد على الكافر، لأنه منقوص بالرق، وذلك بالكفر.
2. قوله تعالى: ﴿ **ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلاً عَبْدًا مَّمْلُوكًا لاَّ يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ** ... ﴿٧٥﴾ ﴾ (النحل) والشهادة شيء، فهو غير قادر عليها.
3. قوله تعالى: ﴿ ... **وَلا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا** ... ﴿٢٨٢﴾ ﴾ (البقرة) فنهى الشهداء عن التخلف والإباء، ومنافع العبد لسيده، فله أن يتخلف ويأبى إلا خدمته.
4. قوله تعالى: ﴿ **وَالَّذِينَ هُم بِشَهَادَاتِهِمْ قَائِمُونَ** ﴿٣٣﴾ ﴾ (المعارج) والعبد ليس من أهل القيام على غيره.
5. أن الشهادة ولاية، والعبد ليس من أهل الولاية على غيره.
6. أن الرق أثر من آثار الكفر، فمنع قبول الشهادة كالفسق.
7. أن من فيه رق مشتغل بخدمة سيده فلا يتفرغ لأداء الشهادة.

القول الثاني: قبول شهادته، وهو قول الحنابلة، وقد أجازوا قبول شهادته في كل شيء إلا في الحدود والقصاص، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. الاستصحاب، وقد عبر عنه ابن حزم بقوله: (لو أراد الله تعالى ورسوله عليه الصلاة والسلام تخصيص عبد من حر في ذلك لكان مقدورا عليه: ﴿ ...**وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا** ﴿٦٤﴾ ﴾ (مريم)

---

(1) الطرق الحكمية :139، فما بعدها،تفسير القرطبي: 3/390، أحكام القرآن للجصاص: 2/223، المبدع: 10/236، المحرر: 2/305، روضة الطالبين:11/251، الشرح الكبير: 2/185.

قال تعالى : ﴿ ... مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ... (٢٨٢) ﴾ (البقرة) ، وقال تعالى : ﴿ إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ أُولَئِكَ هُمْ خَيْرُ الْبَرِيَّةِ (٧) جَزَاؤُهُمْ عِندَ رَبِّهِمْ جَنَّاتُ عَدْنٍ تَجْرِي مِن تَحْتِهَا الأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا أَبَدًا رَّضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَرَضُوا عَنْهُ ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ رَبَّهُ (٨) ﴾ (البينة) ، فلم يختلف مسلمان قط في أن هذا خير يدخل فيه العبيد والإماء كدخول الأحرار والحرائر، وحرام على كل أحد أن لا يرضى عمن أخبر الله تعالى أنه قد رضي عنه، فإذ قد رضي الله عن العبد المؤمن العامل بالصالحات، ففرض علينا أن نرضى عنه، وإذ فرض علينا أن نرضى عنه، ففرض علينا قبول شهادته ﴾[1] .

2. قال تعالى : ﴿ وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِّتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ وَيَكُونَ الرَّسُولُ عَلَيْكُمْ شَهِيدًا ... (١٤٣) ﴾ (البقرة) والوسط: العدل الخيار، ولا ريب في دخول العبد في هذا الخطاب، فهو عدل بنص القرآن، فدخل تحت قوله تعالى : ﴿ ... وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ... (٢) ﴾ (الطلاق) .

3. قال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ ... (١٣٥) ﴾ (النساء) ، وهو من الذين آمنوا قطعا، فيكون من الشهداء كذلك.

4. قال تعالى : ﴿ ... وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ... (٢٨٢) ﴾ (البقرة) ، ولا ريب أن العبد من رجالنا.

5. قال تعالى : ﴿ إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ أُولَئِكَ هُمْ خَيْرُ الْبَرِيَّةِ (٧) ﴾ (البينة) ، فالعبد المؤمن الصالح من خير البرية، فكيف ترد شهادته؟ وقد عدله الله ورسوله.

6. قوله ﷺ : (يحمل هذا العلم من كل خلف عدوله، ينفون عنه تحريف الغالين، وانتحال المبطلين، وتأويل الجاهلين)[2] ، والعبد يكون من حملة العلم، فهو عدل بنص الكتاب والسنة.

7. إجماع العلماء على أن العبد مقبول الشهادة على رسول الله ﷺ إذا روي عنه الحديث، فكيف تقبل شهادته على رسول الله ﷺ ولا تقبل شهادته على واحد من الناس؟ .

---

(1) المحلى :8/ 503.

(2) قال في مجمع الزوائد : رواه البزار وفيه عمرو بن خالد القرشي كذبه يحيى بن معين وأحمد بن حنبل ونسبه إلى الوضع، مجمع الزوائد :1/ 140.

8. أن المقتضى لقبول شهادة المسلم عدالته، وغلبة الظن بصدقه، وعدم تطرق التهمة إليه، وهذا بعينه موجود في العبد، فالمقتضى موجود والمانع مفقود.

9. أن الرق لا يصلح أن يكون مانعا من الشهادة، لأنه لا يزيل مقتضى العدالة، ولا تطرق تهمة، كيف والعبد الذي يؤدي حق الله وحق سيده له أجران حيث يكون للحر أجر واحد، وهو أحد الثلاثة الذين هم أول من يدخل الجنة.

10. أن أصحاب رسول الله ﷺ وهم القدوة قبلوا شهادته، فعن الشعبي قال: قال شريح: لا نجيز شهادة العبد، فقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه: لكنا نجيزها،فكان شريح بعد ذلك يجيزها إلا لسيده،وعن المختار بن فلفل، قال: سألت أنس بن مالك رضي الله عنه عن شهادة العبد؟ فقال: جائزة. وقال الثوري عن عمار الدهني، قال: شهدت شريحا شهد عنده عبد على دار، فأجاز شهادته، فقيل: إنه عبد، فقال شريح: كلنا عبيد وإماء.

الترجيح:

مع أن أمثال هذه المسائل لا توجد في واقعنا المعاصر إلا أن ما دعانا للحديث عنها وبيان الأرجح الذي نراه جانبان، أحدهما نظري يتمثل في بيان كيفية تعامل الإسلام مع الرقيق، والثاني عملي، لأن الاسترقاق وإن ألغي في واقعنا إلا أن ما يدعو إليه، وهو الحروب ـ مثلا ـ غير ملغاة، فلذلك يجب المحافظة على تلك الأحكام لتحفظ لغيرنا كما حفظت لنا، ولا غضاضة في اعتبار الإسلام للرق وعدم إلغائه كما ألغته الحضارة الحديثة، لأنها ألغت رق الأفراد وشرعت رق الشعوب.

وانطلاقا من هذين الجانبين فإن الأرجح الذي نراه حول شهادة الرقيق هو اعتبار شهادتهم خلافا لقول الجمهور، لأن الإجماع القديم ينص عليه، فقد حكى الإمام أحمد عن أنس بن مالك رضي الله عنه أنه قال: (ما علمت أحدا رد شهادة العبد)[1]، وهو يدل ـ كما يقول ابن القيم ـ على أن ردها إنما حدث بعد عصر الصحابة رضي الله عنهم، واشتهر هذا القول لما ذهب إليه مالك والشافعي وأبو حنيفة، وصار لهم أتباع يفتون ويقضون بأقوالهم، فصار هذا القول عند الناس هو المعروف، ولما كان مشهورا بالمدينة في زمن مالك، قال: (ما علمت أحدا قبل شهادة العبد) مع أن أنس بن مالك رضي الله عنه يقول ضد ذلك.

---

(1) الطرق الحكمية :139.

ثم إن ابن القيم بحسه المقاصدي رجح قبول شهادة العبد، واعتبرها موجب الكتاب والسنة وأقوال الصحابة، وصريح القياس، وأصول الشرع، وليس مع من ردها كتاب ولا سنة ولا إجماع ولا قياس، وقد ذكرنا في أدلة القول الثاني ما أشار إليه ابن القيم من أدلة في الموضوع.

أما ما استدل المخالفون به من قياس العبد على الكافر، لأنه منقوص بالرق، وذلك بالكفر فهو كما يقول ابن القيم: (وهذا من أفسد القياس في العالم، وفساده معلوم بالضرورة من الدين)، ومثله استدلالهم بالآية، وقد أجاب على ذلك ابن حزم بقوله: (تحريف كلام الله عن مواضعه يهلك في الدنيا والآخرة، ولم يقل الله تعالى: إن كل عبد لا يقدر على شيء، إنما ضرب الله تعالى المثل بعبد من عبيده هذه صفته، وقد توجد هذه الصفة في كثير من الأحرار، وبالمشاهدة نعرف كثيرا من العبيد أقدر على الأشياء من كثير من الأحرار. ونقول لهم: هل يلزم العبيد الصلاة والصيام والطهارة، ويحرم عليهم من المآكل والمشارب والفروج ما يحرم على الأحرار، أم لا يلزمهم ذلك؟ لكونهم لا يقدرون عندكم على شيء ألبتة) ثم قال: (ومن نسب هذا إلى الله فقد كذب عليه جهارا)[1].

ومما استدلوا به كذلك قوله تعالى: ﴿ ... وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ... (٢٨٢) ﴾ (البقرة) وادعوا أن العبد لا يقدر على أداء الشهادة؛ لأنه مكلف خدمة سيده، وقد رد على ذلك ابن حزم بقوله: (بل هو قادر على أداء الشهادة كما يقدر على الصلاة، وعلى النهوض إلى من يتعلم منه ما يلزمه من الدين، ولو سقط عن العبد القيام بالشهادة لشغله بخدمة سيده لسقط أيضا عن الحرة ذات الزوج لشغلها بملازمة زوجها)[2].

وقد ناقض بعض هؤلاء مقاصد الشريعة بإجازتهم شهادة الفساق وعدم إجازتهم شهادة العبيد ولو كانوا صالحين، يقول ابن القيم ردا عليهم: (وأجزتم شهادة الفاسقين والمحدودين في القذف والأعميين في النكاح، ثم ناقضتم فقلتم: لو شهد فيه عبدان صالحان عالمان يفتيان في الحلال والحرام لم يصح النكاح ولم ينعقد بشهادتهما، فمنعتم انعقاده بشهادة من عدله الله ورسوله ﷺ، وعقدتموه بشهادة من فسقه الله ورسوله ومنع من قبول شهادته)[3].

---

(1) المحلى: 8/503.

(2) المحلى: 8/5040.

(3) إعلام الموقعين: 1/215.

أما ما استدلوا به من اعتبار الشهادة نوعا من الولاية فإنه يقال لهم ـ كما يذكر ابن القيم: ما تعنون بالولاية؟ أتريدون بها الشهادة، وكونه مقبول القول على المشهود عليه، أم كونه حاكما عليه منفذا فيه الحكم؟ فإن أردتم الأول كان التقدير: إن الشهادة شهادة والعبد ليس من أهل الشهادة، وهذا حاصل دليلكم، وإن أردتم الثاني فمعلوم البطلان قطعا، والشهادة لا تستلزمه.

وقد أفاض كل من ابن القيم وابن حزم في ذكر الأدلة الصريحة لهذا القول، وقد أفضنا في المسألة لتكون أساسا للترجيح في غيرها من المسائل المماثلة التي تراعي مقاصد الإسلام في رعاية الرقيق والحفاظ على حقوقهم ورد الاعتبار لهم، لأن حقوق الرقيق لا تتعلق فقط بالمأكل والمشرب والمسكن، بل تتعداه إلى حقوقهم الاجتماعية باعتبارهم أفرادا من المجتمع الإسلامي كسائر أفراده.

البصر:

اختلف الفقهاء في اعتبار هذا الشرط على الأقوال التالية[1]:

القول الأول: لا تصح شهادة الأعمى مطلقا، وهو قول الحنفية، وذهب زفر من الحنفية، وهو رواية عن أبي حنيفة إلى قبول شهادته فيما يجري فيه التسامع؛ لأن الحاجة فيه إلى السماع، ولا خلل فيه، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. عن ابن عباس قال سئل ﷺ عن الشهادة فقال: (ترى هذه الشمس فاشهد وإلا فدع)[2] فجعل من شرط صحة الشهادة معاينة الشاهد لما شهد به والأعمى لا يعاين المشهود عليه فلا تجوز شهادته.

2. أن الأعمى يشهد بالاستدلال فلا تصح شهادته، لأن الصوت قد يشبه الصوت، وإن المتكلم قد يغير نغمته حتى لا يغادر منها شيئا ولا يشك سامعه إذا كان بينه وبينه حجاب.

3. أن الشاهد مأخوذ عليه بأن يأتي بلفظ الشهادة ولو عبر لفظ الشهادة بأن يقول أعلم أو أتيقن لم تقبل شهادته، فعلمت أنها كانت مخصوصة بهذا اللفظ.

---

(1) الأم: 7/46، حاشية البجيرمي: 4/348، المبدع: 7/47، دليل الطالب: 348، روضة الطالبين: 11/271، حاشية ابن عابدين: 3/24، التمهيد: 1/289، القوانين الفقهية: 203.

(2) ذكره القرطبي وغيره، لم أجد تخريجه بهذا اللفظ، انظر: تفسير القرطبي: 3/390.

4. أن الاستشهاد هو إحضار المشهود عليه ومعاينته إياه معاين ولا مشاهد لمن يحضره لأن العمى حائل بينه وبين ذلك كحائط لو كان بينهما فيمنعه ذلك من مشاهدته، ولما كانت الشهادة إنما هي مأخوذة من مشاهدة المشهود عليه ومعاينته على الحال التي تقتضي الشهادة إثبات الحق عليه وكان ذلك معدوما في الأعمى وجب أن تبطل شهادته[1].

القول الثاني: لا تصح شهادة الأعمى في الأفعال، لأن طريق العلم بها البصر، وكذا في الأقوال إلا فيما يثبت بالاستفاضة؛ لأن مستندها السماع وليس الرؤية، إلا في الترجمة بحضرة القاضي لأنه يفسر ما سمعه، وهو قول الشافعية.

القول الثالث: تجوز شهادته في الأقوال دون الأفعال فيما لا يشتبه عليه من الأقوال إذا كان فطنا، ولا تشتبه عليه الأصوات، وتيقن المشهود له، والمشهود عليه، فإن شك في شيء منها فلا تجوز شهادته، وهو قول المالكية.

القول الرابع: تجوز شهادة الأعمى إذا تيقن الصوت لأنه رجل عدل مقبول الرواية فقبلت شهادته كالبصير؛ ولأن السمع أحد الحواس التي يحصل بها اليقين، وقد يكون المشهود عليه من ألفه الأعمى، وكثرت صحبته له، وعرف صوته يقينا، فيجب أن تقبل شهادته، فيما تيقنه كالبصير، ولا سبيل إلى إنكار حصول اليقين في بعض الأحوال، وهو قول الحنابلة.

وهذا الاختلاف بالنسبة للتحمل والأداء، أما إن تحمل الشهادة وهو بصير ثم عمي، فقد اختلف الفقهاء في صحة أدائها على قولين:

القول الأول: أن الأعمى لو تحمل شهادة تحتاج إلى البصر، وهو بصير، ثم عمي فإن تحمل على رجل معروف بالاسم والنسب يقر لرجل بهذه الصفة، فله أن يشهد بعدما عمي، وتقبل شهادته لحصول العلم، وإن لم يكن كذلك لم تقبل، وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة، ونص الحنابلة على أنه إن تيقن صوته لكثرة إلفه له صح أن يشهد به، ونفس الحكم ينطبق على من شهد عند الحاكم، وهو بصير، ثم عمي قبل الحكم بشهادته، جاز الحكم بها عندهم، لأنه معنى طرأ بعد أداء الشهادة فلا يمنع الحكم بها، كما لو مات الشاهدان أو غابا بعد أداء الشهادة.

(1) أحكام القرآن للجصاص :2/ 227.

القول الثاني: عدم قبول شهادته في الحالتين السابقتين، وهو قول أبي حنيفة ومحمد[1]، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. أن حال تحمل الشهادة أضعف من حال الأداء، بدليل أنه يجوز أن يتحمل الشهادة وهو كافر أو عبد أو صبي ثم يؤديها وهو حر، فتقبل شهادته، ولو أداها وهو صبي أو عبد أو كافر لم تجز، فعلم من ذلك أن حال الأداء أولى بالتأكيد من حال التحمل فإذا لم يصح تحمل الأعمى للشهادة وكان العمى مانعا من صحة التحمل وجب أن يمنع صحة الأداء.

2. أنه لو استشهده وبينه وبينه حائل لما صحت شهادته، فمثله ما لو أداها وبينهما حائل لم تجز شهادته، والعمى حائل بينه وبين المشهود عليه، فوجب أن لا تجوز.

3. أنه إنما يجب اعتبار الشاهد في نفسه، فإن كان من أهل الشهادة قبلناها، وإن لم يكن من أهل الشهادة لم نقبلها، والأعمى قد خرج من أن يكون من أهل الشهادة بعماه فلا اعتبار بغيره.

الترجيح:

بما أن الأصل في شروط الشهادات هو القدرة على التحمل، والثقة في الأداء، فإن مناط قبول شهادة الأعمى تحملا أو أداء هو التيقن من قدرته على التحمل، وقد استدل القرطبي على هذا الأصل في الشهادة بقوله تعالى على لسان إخوة يوسف عليه السلام: ﴿ ... **وَمَا شَهِدْنَا إِلَّا بِمَا عَلِمْنَا** ... ﴿٨١﴾ ﴾ (يوسف) فقال: (تضمنت هذه الآية جواز الشهادة بأي وجه حصل العلم بها، فإن الشهادة مرتبطة بالعلم عقلا وشرعا، فلا تسمع إلا ممن علم ولا تقبل إلا منهم، وهذا هو الأصل في الشهادات)[2].

ثم عقب على ذلك بذكر بعض تطبيقات هذا الأصل فقال: (ولهذا قال أصحابنا: شهادة الأعمى جائزة، وشهادة المستمع جائزة، وشهادة الأخرس إذا فهمت إشارته جائزة، وكذلك الشهادة على الخط إذا تيقن أنه خطه أو خط فلان صحيحة، فكل من حصل له العلم بشيء جاز

---

(1) وفرق أبو يوسف بينهما بأن قال يصح أن يتحمل الشهادة بمعاينته، ثم يشهد عليه وهو غائب أو ميت فلا يمنع ذلك جوازها، فكذلك عمى الشاهد بمنزلة موت المشهود عليه أو غيبته، فلا يمنع قبول شهادته، أحكام القرآن للجصاص: 2/228.

(2) تفسير القرطبي: 9/245.

أن يشهد به، وإن لم يشهده المشهود عليه، قال الله تعالى: ﴿ ... إِلاَّ مَن شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ ﴿٨٦﴾ ﴾ (الزخرف)).

ولكنه مع هذا الأصل نرى في حالة وجود هذه الحالة الاستكثار من الشهود، ولو ممن لم تتوفر فيهم شروط الشهادة حرصا على تمام التوثيق، ومراعاة للاختلاف فقد اشترط بعض الفقهاء في انعقاد النكاح على المرأة المنتقبة أن يراها الشاهدان قبل العقد فلو عقد عليها وهي منتقبة ولم يعرفها الشاهدان لم يصح، لأن استماع الشاهد العقد كاستماع الحاكم الشهادة[1].

النطق[2]:

وقد ذكر بعض الفقهاء الإجماع على اعتبار هذا الشروط، لكن القرطبي نفاه بقوله: (وما ذكروه من الإجماع في شهادة الأخرس فغلط، وقد نص مالك أن شهادته مقبولة إذا فهمت إشارته، وأنها تقوم مقام اللفظ بالشهادة، وأما مع القدرة باللفظ فلا تقع منه إلا باللفظ)[3]، ولذا يمكن اعتبار الخلاف في المسألة على قولين:

القول الأول: لا تصح شهادة الأخرس، وهو قول جمهور الفقهاء، وقد حكي إجماعا، ولا يصح، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. افتقار الشاهد لأهم أدوات الشهادة وهي التعبير عن شهادته، قال السرخسي: لأن أداء الشهادة يختص بلفظ الشهادة، حتى إذا قال الشاهد أخبر وأعلم لا يقبل ذلك منه، ولفظ الشهادة لا يتحقق من الأخرس[4].

---

(1) حاشية البجيرمي :3/ 334.

(2) انظر: المحرر في الفقه :12/ 38، الإقناع للشربيني : 2/632، حاشية البجيرمي :4/ 8، البحر الرائق : 7/ 77، المجلة :340، بدائع الصنائع :6/ 662،مختصر اختلاف العلماء :3/ 369، فتح الباري :9/ 441.

(3) تفسير القرطبي :11/ 104، وقد نقل ابن مفلح هذا الخلاف بأنهم كانوا يجيزون شهادة بعضهم على بعض فيما كان بينهم، ولان الظاهر صدقهم وضبطهم، فإن تفرقوا لم تقبل شهادتهم، لانه يحتمل أن يلقنوا، قال: وحكى ابن الحاجب إجماع أهل المدينة، وعنه تقبل في الجراح والقتل خاصة إذا أداها أو أشهد على شهادته قبل التفرق عن تلك الحال، ولا يلتفت إلى رجوعهم بعد ذلك، وزاد ابن عقيل في التذكرة إذا وجد ذلك في الصحراء، الفروع :10/ 214.

(4) المبسوط :16/ 130.

2. أن شهادة الأخرس مشتبهة، لأنه يستدل بإشارته على مراده وهي غير موجب للعلم فتتمكن من شهادته تهمة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود.

3. أنه لا تكون إشارته أقوى من عبارة الناطق لو قال: أخبر.

4. أن الأخرس غالبا يكون أصم فيقع الخلل في التحمل.

القول الثاني: صحة شهادته إذا عرفت إشارته، وهو قول المالكية، وقال بعض الحنابلة بقبول شهادة الأخرس إذا أداها بخطه[1]، وقد استدل لهذا القول ابن المنذر بقوله: (والمخالفون يلزمون الأخرس الطلاق والبيوع وسائر الأحكام، فينبغي أن يكون القذف مثل ذلك).

وقال المهلب: (وقد تكون الإشارة في كثير من أبواب الفقه أقوى من الكلام، مثل قوله ﷺ (بعثت أنا والساعة كهاتين) نعرف قرب ما بينهما بمقدار زيادة الوسطى على السبابة، وفي إجماع العقول على أن العيان أقوى من الخبر دليل على أن الاشارة قد تكون في بعض المواضع أقوى من الكلام[2].

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو اشتراط النطق في الشهود لافتقار الشهادة إلى كثير من التفاصيل التي قد تعجز الإشارة عن الدلالة عليه، وسدا لذريعة تأويل الإشارة بما لا يقصده صاحبها، إلا إذا كان المشير عارفا بالكتابة، فيمكنه الشهادة بالكتابة عوضا عن الإشارة، أما شهادة الأداء التي تحملها صاحبها، وهو سليم فإنها معتبرة بلا شك، ويتحرى في معرفة إشارته الثقات والخبراء حفاظا عل الحقوق.

الضبط:

لا شك في أنه لا تقبل شهادة مغفل لا يضبط أصلا أو غالبا لعدم التوثق بقوله، أما من لا يضبط نادرا والأغلب فيه الحفظ والضبط فتقبل قطعا؛ لأن أحدا لا يسلم من ذلك.

وقد نبه الفقهاء هنا إلى بعض الأمور المرتبطة بالضبط، منها: ضبط الوقت الذي تتم فيه الشهادة بحيث يجب على شهود النكاح ضبط التاريخ بالساعات واللحظات، ولا يكفي

---

(1) نقل ابن مفلح مذهب الحنابلة في ذلك بانه توقف أحمد فيها واختار أبو بكر أنها لا تقبل واختار في المحرر عكسها، الفروع: 10/215.

(2) نقلا عن: تفسير القرطبي: 11/104.

الضبط بيوم العقد، فلا يكفي أن النكاح عقد يوم الجمعة مثلا، بل لا بد أن يزيدوا على ذلك بعد الشمس مثلا بلحظة أو لحظتين، أو قبل العصر أو المغرب، لأن النكاح يتعلق به لحاق الولد لستة أشهر ولحظتين من حين العقد فعليهم ضبط التاريخ بذلك لحق النسب[1].

الإسلام[2]:

وهو شرط متفق عليه بين الفقهاء، بل نقل الإجماع في ذلك في زواج المسلم بالمسلمة، فلا ينعقد نكاح المسلم بالمسلمة بشهادة الكفار، لقوله تعالى: ﴿ ... **وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ** ... (٢٨٢) ﴾ (البقرة)، وقوله تعالى: ﴿ ... **وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ** ... (٢) ﴾ (الطلاق)، والكافر ليس بعدل، وليس منا، ولأنه أفسق الفساق، ويكذب على الله تعالى فلا يؤمن منه الكذب على خلقه، ولأن الكافر ليس من أهل الولاية على المسلم كما قال الله تعالى: ﴿ ... **وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً** (١٤١) ﴾ (النساء).

أما لو تزوج مسلم كتابية بشهادة كتابيين فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: يجوز سواء كانا موافقين لها في الملة أو مخالفين، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف، ومن أدلتهم على ذلك:

1. أن الشهادة في اللغة عبارة عن الإعلام والبيان، والكافر من أهل الإعلام والبيان؛ لأن ذلك يقف على العقل واللسان والعلم بالمشهود به، وقد وجد.
2. أن شهادته على المسلم خصت من عموم الحديث فبقيت شهادته للمسلم داخلة تحته.
3. أن إسلام الشاهد صار شرطا في نكاح الزوجين المسلمين بالإجماع، فمن ادعى كونه شرطا في نكاح المسلم الذمية فعليه الدليل.
4. أن الحديث الذي أورده المخالفون ضعيف، وفي حال ثبوته يحمل على نفي الندب والاستحباب توفيقا بين الأدلة.
5. أن الشهادة من باب الولاية، والكافر الشاهد يصلح وليا في هذا العقد بولاية نفسه، ويصلح قابلا لهذا العقد بنفسه فبه صلح شاهدا.

(1) المبدع :10/ 218، المحرر في الفقه :2/ 247، الإنصاف :12/ 42، الإقناع للشربيني :2/ 232، التنبيه :1/ 269.

(2) بدائع الصنائع :2/ 253، المغني :7/ 7، تبيين الحقائق :2/ 98، العناية :3/ 197، أسنى المطالب : 3/ 122، شرح النيل :6/ 90.

القول الثاني: لا يجوز نكاح المسلم الذمية بشهادة الذميين، وهو قول الشافعي وأحمد ومحمد وزفر، ومذهب الإباضية، ومن أدلتهم على ذلك:

1. قوله ﷺ: (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل) والمراد منه عند الحنفية ـ كما سنرى ـ عدالة الدين لا عدالة السلوك لإجماعهم على أن الفسق لا يمنع انعقاد النكاح.

2. أن الإشهاد شرط جواز العقد، والعقد يتعلق وجوده بالطرفين – طرف الزوج وطرف المرأة – ولم يوجد الإشهاد على الطرفين لأن شهادة الكافر حجة في حق الكافر، وليست بحجة في حق المسلم فكانت شهادته في حقه ملحقة بالعدم فلم يوجد الإشهاد في جانب الزوج، فصار كأنهما سمعا كلام المرأة دون كلام الرجل.

الترجيح:

بما أن الغرض من الإشهاد هو إعلان الزواج، فإن تحقق هذا الإعلان بهذا النوع من الشهود، فلا حرج في استشهادهم، خاصة إن كانوا من الضابطين، وكانت أخلاقهم تأبى عليهم الكذب ونحوه مما يخل بالشهادة، وقد قال ﷺ: (الناس معادن كمعادن الذهب والفضة خيارهم في الجاهلية كخيارهم في الإسلام إذا فقهوا)[1].

بل ورد في القرآن الكريم ما يدل على توثيقهم في بعض الأمور وقبول شهادتهم فيها، كما قال تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنِ ارْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذًا لَمِنَ الْآثِمِينَ (١٠٦)**﴾ (المائدة) فقد أجازت الآية شهادة الكافر على المسلم في الوصية في السفر، وهو جواز يدل على التوثيق والقبول عند الحاجة.

العدالة[2]**:**

لما كانت الشهادة، وهي قبول قول الغير على الغير بهذه المرتبة العظيمة من الدين، شرط تعالى فيها الرضا والعدالة، فمن حكم الشاهد أن تكون له شمائل ينفرد بها وفضائل يتحلى بها، حتى تكون له مزية على غيره توجب له تلك المزية رتبة الاختصاص بقبول قوله ويحكم بشغل ذمة المطلوب بشهادته، وسنتكلم عن هذا الشرط من النواحي التالية:

---

(1) البخاري: 3/1235، مسلم: 4/1846، المستدرك: 3/271، ابن حبان: 13/69، أحمد: 12/431.

(2) بدائع الصنائع: 2/256،257، المغني: 7/7، كشف الأسرار: 3/361، تحفة المحتاج: 7/230، الخرشي: 3/167.

تعريف العدالة:

لغة[1]: العدالة في اللغة مأخوذة من الاستقامة والعدل مأخوذ من الاعتدال وسمي العدل عدلا لاستواء أفعاله حتى لا يكون فيها ميل عن الصواب، وعدل هو بالضم عدالة وعدولة فهو عدل أي مرضي يقنع به، ويطلق العدل على الواحد وغيره بلفظ واحد، ويجوز أن يطابق في التثنية والجمع فيجمع على عدول، قال ابن الأنباري وأنشدنا أبو العباس:

وتعاقدا العقد الوثيق وأشهدا من كل قـــوم مسلمين عدولا

وربما طابق في التأنيث، وقيل امرأة عدلة.

اصطلاحا: هي ملكة تحمل على ملازمة التقوى والمروءة،أدناها ترك الكبائر والإصرار على الصغائر وما يخل[2].

ضوابط العدالة:

نص الفقهاء على أن العدل هو الذي تعتدل أحواله في دينه وأفعاله، قال القرطبي: (قال علماؤنا: العدالة هي الاعتدال في الأحوال الدينية، وذلك يتم بأن يكون مجتنبا للكبائر محافظا على مروءته، وعلى ترك الصغائر، ظاهر مغفل وقيل: صفاء السريرة واستقامة السيرة في ظن المعدل)[3]، ويمكن حصر خصال العدالة في الناحيتين التاليتين:

أولا : الدين :

وذلك بأن لا يرتكب كبيرة، ولا يداوم على صغيرة، لأن الله تعالى أمر أن لا تقبل شهادة القاذف، فيقاس عليه كل مرتكب كبيرة، ولا يخرجه عن العدالة فعل صغيرة؛ لقول الله تعالى: ﴿**الَّذِينَ يَجْتَنِبُونَ كَبَائِرَ الإِثْمِ وَالْفَوَاحِشَ إِلاَّ اللَّمَمَ** ... ﴿٣٢﴾﴾ (النجم) واللمم صغار الذنوب

---

(1) انظر: لسان العرب: 11/432.

(2) البحر الرائق: 2/287، وعرفت كذلك بانها صفة توجب مراعاتها الاحتراز عما يخل بالمروءة عادة ظاهرا، وقد نص الفقهاء على أن المرة الواحدة من صغائر الهفوات وتحريف الكلام لا تخل بالمروءة ظاهرا لاحتمال الغلط والنسيان والتاويل، بخلاف ما إذا عرف منه ذلك وتكرر فيكون الظاهر الإخلال، ويعتبر عرف كل شخص وما يعتاده من لبسه وتعاطيه للبيع والشراء وحمل الامتعة وغير ذلك فإذا فعل ما لا يليق به لغير ضرورة قدح وإلا فلا، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: 397.

(3) تفسير القرطبي: 3/397.

والتحرز منها غير ممكن، وقيل: اللمم أن يلم بالذنب، ثم لا يعود فيه،وقد جاء عن النبي ﷺ أنه قال: (إن تغفر اللهم تغفر جما وأي عبد لك لا ألما[1]؟)[2].

أما الكبائر وقد اختلف العلماء في حدها وتمييزها من الصغيرة اختلافا عظيما، وصنفت لعدها وتفصيلها المصنفات، ومن الأقوال الواردة فيها ما روى عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: الكبائر كل ذنب ختمه الله تعالى بنار أو غضب أو لعنة أو عذاب، وقال آخرون: هي ما أوعد الله عليه بنار أو حد في الدنيا وغير ذلك من الأقوال الكثيرة الواردة عن السلف ومن بعدهم.

ولعل أحسن حد لها، وأعظمه ارتباطا بمقاصد الشريعة من جلب المصالح ودرء المفاسد ما ذكره الشيخ الامام أبو محمد العز بن عبد السلام رضي الله عنه بقوله: إذا أردت معرفة الفرق بين الصغيرة والكبيرة فاعرض مفسدة الذنب على مفاسد الكبائر المنصوص عليها[3]، فان نقصت عن أقل مفاسد الكبائر فهي من الصغائر، وإن ساوت أدنى مفاسد الكبائر أو ربت عليه فهي من الكبائر، فمن شتم الرب سبحانه وتعالى أو رسوله ﷺ أو استهان بالرسل أو كذب واحدا منهم أو ضمخ الكعبة بالعذرة أو ألقى المصحف في القاذورات فهي من أكبر الكبائر، ولم يصرح الشرع بأنه كبيرة، وكذلك لو أمسك امرأة محصنة لمن يزنى بها، أو أمسك مسلما لمن يقتله، فلا شك أن مفسدة ذلك أعظم من مفسدة أكل مال اليتيم مع كونه من الكبائر، وكذلك لو دل الكفار على عورات المسلمين مع علمه أنهم يستأصلون بدلالته ويسبون حرمهم

---

(1) أي لم يلم بمعصية، وألم إذا فعل اللمم وهو صغار الذنوب، واللمم في الأصل كما قال القاضي: الشيء القليل، وهذا بيت لأمية بن أبي الصلت تمثل ﷺ به، والمحرم عليه إنشاء الشعر لا إنشاده ومعناه: إن تغفر ذنوب عبادك فقد غفرت ذنوبا كثيرة فإن جميع عبّادك خطاؤون، انظر: فيض القدير:3/29، تحفة الأجوذي:9/122، البيان والتعريف:1/189.

(2) قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، وإنما خرجا حديث عبد الله بن طاوس عن أبيه عن بن عباس، أنه قال: لم أر شيئا أقرب باللمم من الذي قال أبو هريرة: كتب على بن آدم حظه من الزنا الحديث، المستدرك:1/121، وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح غريب لا نعرفه إلا من حديث زكريا بن إسحاق، السنن:5/396.

(3) يشير العز هنا إلى قوله ﷺ: «ألا أنبئكم بأكبر الكبائر؟ الإشراك بالله، وقتل النفس التي حرم الله، وعقوق الوالدين. وكان متكئا فجلس، فقال: ألا وقول الزور وقول الزور. فما زال يكررها حتى قلنا: ليته سكت» البخاري:2/939، مسلم:1/91، أحمد:5/36، شعب الإيمان:1/265.

وأطفالهم ويغنمون أموالهم فإن نسبته إلى هذه المفاسد أعظم من توليه يوم الزحف بغير عذر، مع كونه من الكبائر، وكذلك لو كذب على إنسان كذبا يعلم أنه يقتل بسببه، أما إذا كذب عليه كذبا يؤخذ منه بسببه تمرة فليس كذبه من الكبائر، وقد نص الشرع على أن شهادة الزور وأكل مال اليتيم من الكبائر، فإن وقعا في مال خطير فهذا ظاهر، وإن وقعا في مال حقير فيجوز أن يجعلا من الكبائر فطاما عن هذه المفاسد، كما جعل شرب قطرة من خمر من الكبائر وإن لم يتحقق المفسدة، ويجوز أن يضبط ذلك بنصاب السرقة، والحكم بغير الحق كبيرة، فإن شاهد الزور متسبب، والحاكم مباشر فإذا جعل السبب كبيرة فالمباشرة أولى)[1] .

وقد ذكرنا هذا النص بطوله لأنه يكاد يعبر عن كثير من الكبائر التي يستهان بها اليوم، وهي من أكبر الكبائر المتسببة في عدم الاعتبار في الشهادات .

وقد نص الفقهاء على أنه لا تجوز شهادة آكل الربا، والعاق، وقاطع الرحم، ولا تقبل شهادة من لا يؤدي زكاة ماله، وإذا أخرج في طريق المسلمين الأسطوانة والكنيف لا يكون عدلا، ولا يكون ابنه عدلا إذا ورث أباه حتى يرد ما أخذه من طريق المسلمين، ولا يكون عدلا إذا كذب الكذب الشديد؛ لأن النبي ﷺ رد شهادة رجل في كذبه، وقد قال ﷺ : (لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة، ولا مجلود حدا ولا مجلودة، ولا ذي غمر لأخيه، ولا مجرب شهادة، ولا القانع أهل البيت لهم، ولا ظنين في ولاء ولا قرابة)[2] .

أما الصغائر، وهي ما عدا الكبائر، فإنه إن كان مصرا عليها، ردت شهادته، وإن كان الغالب من أمره الطاعات، لم يرد؛ لعدم إمكان التحرز منها .

ثانيا : اجتناب خوارم المروءة :

والعلة في اشتراط المروءة في العدالة هي أن المروءة تمنع الكذب، وتزجر عنه، ولهذا يمتنع منه ذو المروءة وإن لم يكن ذا دين، وقد روي عن أبي سفيان، أنه حين سأله قيصر عن النبي ﷺ وصفته قال: والله لولا أني كرهت أن يؤثر عني الكذب، لكذبته[3] ، ولم يكن يومئذ ذا دين،

---

(1) قواعد الأحكام: 1/ 23، وانظر: أنوار البروق : 1/ 120 .

(2) قال الترمذي: هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من حديث يزيد بن زياد الدمشقي، ويزيد يضعف في الحديث، ولا يعرف هذا الحديث من حديث الزهري إلا من حديثه، سنن الترمذي: 4/ 545، الدارقطني: 4/ 244، أبو داود: 3/ 306، ابن ماجة: 2/ 762، أحمد: 2/ 181، وسيأتي شرح هذا الحديث في محله من هذا الفصل .

(3) الحديث بطوله في: البخاري: 4/ 1657، مسلم: 3/ 1394 .

ولأن الكذب دناءة، والمروءة تمنع من الدناءة، وإذا كانت المروءة مانعة من الكذب، اعتبرت في العدالة، كالدين، ومن فعل شيئا من هذا مختفيا به، لم يمنع من قبول شهادته؛ لأن مروءته لا تسقط به، ومثله ما لو فعله مرة، أو شيئا قليلا، لم ترد شهادته؛ لأن صغير المعاصي لا يمنع الشهادة إذا قل، فهذا أولى، ولأن المروءة لا تختل بقليل هذا، ما لم يكن عادته.

وقد ذكر الفقهاء مظاهر كثيرة لخوارم المروءة، منها ما يمكن قبوله لانسجامه مع القواعد الشرعية والمقاصد الكلية، ومنها ما قد يكون تعبيرا عن واقع معين لا عن الحكم الشرعي العام في المسألة، وسنذكر أمثلة عن بعض هذه الخوارم والموقف الحالي حولها:

فمن الأمثلة التي ذكرها الفقهاء لذلك: الأكل في السوق، وفسروا ذلك بأن ينصب مائدة في السوق، ثم يأكل والناس ينظرون، وقد خرج هذا عن أن يكون خارما لاعتبار الواقع له، فالمطاعم الآن منصوبة في الأسواق والناس يغدون عليها ويروحون، وإن كنا لا نحبذ هذا السلوك أو الجلوس في هذه المطاعم إلا لضرورة إلا أن ذلك لم يعد خارما للمروءة.

ومنها أن يكشف ما جرت العادة بتغطيته من بدنه، أو يمد رجليه في مجمع الناس، أو يخاطب امرأته أو جاريته أو غيرهما بحضرة الناس بالخطاب الفاحش، أو يحدث الناس بمباضعته أهله، ونحو هذا من الأفعال الدنيئة، ففاعل هذا لا تقبل شهادته؛ لأن هذا سخف ودناءة، فمن رضيه لنفسه واستحسنه، فليست له مروءة، فلا تحصل الثقة بقوله،وقد قال أحمد، في رجل شتم بهيمة: قال الصالحون: لا تقبل شهادته حتى يتوب[1]، وقد روى أبو مسعود البدري، قال: قال رسول الله ﷺ: (إن مما أدرك الناس من كلام النبوة الأولى، إذا لم تستح فاصنع ما شئت)[2] أي أن من لم يستح يصنع ما شاء.

وقد نص الفقهاء كذلك على أن من كان من أهل الصناعات الدنيئة؛ كالكساح والكناس لا تقبل شهادتهما؛ لما روي أن رجلا أتى ابن عمر رضي الله عنه، فقال له: إني رجل كناس، فقال: أي شيء تكنس، الزبل؟. قال: لا، قال: العذرة؟ قال: نعم. قال: منه كسبت المال، ومنه تزوجت، ومنه حججت؟ قال: نعم. قال: الأجر خبيث، وما تزوجت خبيث، حتى تخرج منه كما دخلت فيه، وروي عن ابن عباس مثله في الكساح[3].

---

(1) المغني :10/ 170.

(2) البخاري: 5/ 2268 احمد: 4/ 121، مجمع الزوائد: 8/ 27.

(3) المغني :10/ 171.

وهذا كله إن صح فإنه يحمل على عدم تورع أصحاب هذه الصناعات عن الكذب لا أن الفعل نفسه محرم، فهو أقرب إلى التعبير عن الواقع منه إلى التعبير عن الحكم الشرعي، ولهذا اختلف الفقهاء في بعض الحرف كالزبال والقراد والحجام ونحوها، فقد ذكروا فيها وجهين؛ أحدهما، لا تقبل شهادتهم؛ لأنه دناءة يجتنبه أهل المروءات، والوجه الثاني أنها تقبل؛ لأن بالناس إليه حاجة. فعلى هذا الوجه، إنما تقبل شهادته إذا كان يتنظف للصلاة في وقتها ويصليها، فإن صلى بالنجاسة، لم تقبل شهادته، وجها واحدا.

أما سائر الصناعات التي لا دناءة فيها، فلا ترد الشهادة بها، إلا من كان منهم يحلف كاذبا، أو يعد ويخلف، وغلب هذا عليه، فإن شهادته ترد، ومثله من كان منهم يؤخر الصلاة عن أوقاتها، أو لا يتنزه عن النجاسات، فلا شهادة له، ومن كانت صناعته محرمة؛ كصانع المزامير والطنابير، فلا شهادة له، ومن كانت صناعته يكثر فيها الربا، كالصائغ والصيرفي، ولم يتوق ذلك، ردت شهادته[1]، وأمثال هؤلاء في عصرنا وغيرهم كثير.

حكم اشتراط العدالة في الشهادة على الزواج:

اختلف في اشتراط العدالة في شهود عقد الزواج على قولين:

القول الأول :اشتراط العدالة، وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة، ومن أدلتهم على ذلك:

1. قوله ﷺ : (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل)[2] .
2. أن الشهادة خبر يرجح فيه جانب الصدق على جانب الكذب، والرجحان إنما يثبت بالعدالة.
3. أن الشهادة في باب النكاح للحاجة إلى صيانته عن الجحود والإنكار، والصيانة لا تحصل إلا بالقبول فإذا لم يكن مقبول الشهادة لا تحصل الصيانة.
4. أن في رد شهادة الفاسق مصلحتين هما :عدم الوثوق به، فقد يحمله قلة مبالاته بدينه ونقصان وقار الله تعالى في قلبه على تعمد الكذب، وهجره على إعلانه بفسقه ومجاهرته به، فقبول شهادته فيها إبطال لهذا الغرض المطلوب شرعا.

(1) المغني: 10/ 170 فما بعدها.

(2) سبق تخريجه.

القول الثاني: عدم اشتراط العدالة في الشهود، فيجوز شهادة غير العدول في الزواج، وهو مذهب الحنفية، ولكنهم فرقوا بين أهلية الأداء وأهلية التحمل، فأجازوا للفاسق التحمل، ولم يجيزوا له الأداء، فينعقد بحضور المحدود في القذف ولو لم يتب، لأن كونه مردود الشهادة على التأبيد يقدح في الأداء لا في التحمل، ولأنه يصلح وليا في النكاح بولاية نفسه ويصح القبول منه بنفسه ويجوز القضاء بشهادته في الجملة فينعقد النكاح بحضوره، وإن حد ولم يتب أو لم يتب ولم يحد، ومن أدلتهم على ذلك:

1. أن عمومات النكاح مطلقة عن هذا الشرط، ثم إن اشتراط أصل الشهادة بصفاتها المجمع عليها ثبتت بالدليل فمن ادعى شرط العدالة فعليه البيان.

2. أن الفسق لا يقدح في ولاية الإنكاح.

3. أن الفسق لا يقدح في أهلية التحمل، وإنما يقدح في الأداء فيظهر أثره في الأداء لا في الانعقاد.

4. أن الاشتهار في النكاح لدفع تهمة الزنا لا لصيانة العقد عن الجحود والإنكار، والتهمة تندفع بالحضور من غير قبول، على أن معنى الصيانة يحصل بسبب حضورهما وإن كان لا تقبل شهادتهما؛ لأن النكاح يظهر ويشتهر بحضورهما، فإذا ظهر واشتهر تقبل الشهادة فيه بالتسامع فتحصل الصيانة [1].

الترجيح:

لا شك في اعتبار هذا الشرط، لأن النصوص الشرعية قيدت الشهادة بالعدالة، وخاصة إذا لم يحضر من الشهود إلا اثنان، حرصا على حفظ النسل والعرض الذي يقدم على حفظ المال، وقد اعتبرت النصوص الصحيحة الصريحة هذا الشرط في المال، والعرض والنسل أولى بالحيطة منه، قال القرطبي: (وإذ قد شرط الله تعالى الرضا والعدالة في المداينة كما بينا، فاشتراطها في النكاح أولى خلافا لأبي حنيفة، حيث قال إن النكاح ينعقد بشهادة فاسقين فنفي الاحتياط المأمور به في الأموال عن النكاح، وهو أولى لما يتعلق به من الحل والحرمة والحد والنسب).

---

(1) بدائع الصنائع: 2/256.

ثم قال: (قول أبي حنيفة في هذا الباب ضعيف جدا لشرط الله تعالى الرضا والعدالة وليس يعلم كونه مرضيا بمجرد الإسلام، وإنما في أحواله حسب ماتقدم، ولا يغتر بظاهر قوله: أنا مسلم فربما انطوى على مايوجب رد شهادته، مثل قوله تعالى: ﴿ وَمِنَ النَّاسِ مَن يُعْجِبُكَ قَوْلُهُ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَيُشْهِدُ اللَّهَ عَلَىٰ مَا فِي قَلْبِهِ وَهُوَ أَلَدُّ الْخِصَامِ (٢٠٤) وَإِذَا تَوَلَّىٰ سَعَىٰ فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفَسَادَ (٢٠٥) ﴾ (البقرة)، وقال: ﴿ وَإِذَا رَأَيْتَهُمْ تُعْجِبُكَ أَجْسَامُهُمْ وَإِن يَقُولُوا تَسْمَعْ لِقَوْلِهِمْ كَأَنَّهُمْ خُشُبٌ مُّسَنَّدَةٌ يَحْسَبُونَ كُلَّ صَيْحَةٍ عَلَيْهِمْ هُمُ الْعَدُوُّ فَاحْذَرْهُمْ قَاتَلَهُمُ اللَّهُ أَنَّىٰ يُؤْفَكُونَ (٤) ﴾ (المنافقون))[1].

ولكنه مع ذلك ومن باب الضرورة قد يتساهل في هذا الشرط بشرط استكثار الشهود، قال القرافي: (نص بعض العلماء على أنا إذا لم نجد في جهة إلا غير العدول أقمنا أصلحهم وأقلهم فجورا للشهادة عليهم، ويلزم ذلك في القضاة وغيرهم لئلا تضيع المصالح. قال: وما أظن أحدا يخالف في هذا، فإن التكليف شرط في الإمكان، وهذا كله للضرورة لئلا تهدر الأموال وتضيع الحقوق)[2].

قال في معين الحكام: (قال بعضهم: وإذا كان الناس فساقا إلا القليل النادر قبلت شهادة بعضهم على بعض، ويحكم بشهادة الأمثل فالأمثل من الفساق، هذا هو الصواب الذي عليه العمل وإن أنكره كثير من الفقهاء بألسنتهم، كما أن العمل على صحة ولاية الفاسق ونفوذ أحكامه وإن أنكروه بألسنتهم، وكذلك العمل على صحة كون الفاسق وليا في النكاح ووصيا في المال، وهذا يؤيد ما نقله القرافي، وإذا غلب على الظن صدق الفاسق قبلت شهادته وحكم بها، والله تعالى لم يأمر برد خبر الفاسق فلا يجوز رده مطلقا، بل يتثبت فيه حتى يتبين صدقه من كذبه فيعمل على ما تبين وفسقه عليه)[3].

وينبغي كذلك من باب الحرص على مصالح الناس، التساهل في ناحية أخرى، وهي النظر إلى العدالة من زوايا مختلفة، لأن الكثير من الكبائر، والتي ذكرنا بعضها من قبل مما تعم به البلوى، ومن الحرج أن نشترط الابتعاد عن ذلك النوع من الكبائر خشية تعطل المصالح، خاصة إذا علم صدق الشاهد، وأنه من أصدق الناس، وأن فسقه بغير الكذب، وقد استأجر

(1) تفسير القرطبي: 3/397.
(2) نقلا عن: معين الحكام: 117.
(3) معين الحكام: 117.

رسول الله ﷺ هاديا يدله على طريق المدينة وهو مشرك على دين قومه، ولكن لما وثق بقوله أمنه ودفع إليه راحلته وقبل دلالته.

ولهذا يذكر ابن قيم الجوزية أن مدار قبول الشهادة وردها على غلبة الصدق وعدمه، ولهذا يقول بأن العدالة تتبعض، فيكون الرجل عدلا في شيء فاسقا في شيء، فإذا تبين للحاكم أنه عدل فيما شهد به قبلت شهادته ولم يضره فسقه في غيره[1].

شهادة مستور الحال[2]:

ومستور الحال أو العدالة هو المعروف بها ظاهرا لا باطنا، بأن عرف بالمخالطة دون التزكية عند الحاكم، والخلاف السابق لا يتعلق بمستور الحال، فأكثر العلماء على جواز شهادته، واستثنى ابن الصلاح من ذلك ما إذا كان العاقد هو الحاكم لتيسر إحضار العدول باطنا على الحاكم، لكن شنع عليه بعض المتأخرين في ذلك تشنيعا فاحشا وبعضهم نسبه إلى أنه تفرد بذلك[3].

وقد ذهب بعض الفقهاء خلافا لهؤلاء إلى اشتراط أن يكون الشهود مبرزي العدالة، وقد قال فيهم ابن تيمية: (فهؤلاء شهود الحكام معدلون عندهم، وإن كان فيهم من هو فاسق في نفس الأمر)[4].

ولكنه مع جواز شهادة مستور الحال إلا أنه ينبغي التحري عن أحوال هؤلاء الشهود خاصة فيما يتعلق بهذه الأسس الهامة من الدين، وقد روي أنه شهد عند عمر رضي الله عنه رجل فقال له عمر: لست أعرفك، ولا يضرك أن لا أعرفك، ائت بمن يعرفك، فقال رجل من القوم: أنا أعرفه، قال: بأي شيء تعرفه؟ قال: بالعدالة والفضل، فقال: هو جارك الأدنى الذي تعرف ليله ونهاره ومدخله ومخرجه، قال: لا، قال: فعاملك بالدينار والدرهم اللذين يستدل بهما على الورع، قال: لا،قال: فرفيقك في السفر الذي يستدل به على مكارم الأخلاق قال: لا، قال: لست تعرفه، ثم قال للرجل: ائت بمن يعرفك[5].

---

(1) نقلا عن: معين الحكام:117.

(2) المغني:7/7، قواعد الأحكام:1/78، المنثور في القواعد الفقهية:1/249،الإنصاف:8/103،أسنى المطالب:3/123،شرح البهجة:4/106، تحفة المحتاج:7/230، الخرشي:3/168.

(3) فتاوى السبكي:4/99.

(4) الفتاوى الكبرى:3/99.

(5) سبل السلام:4/129.

ومن الأدلة التي نص عليها الفقهاء لقبول شهادة مستور الحال:

1. ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه خطب، فقال: (إن أناسا كانوا يؤخذون بالوحي في عهد رسول الله ﷺ، وإن الوحي قد انقطع، وإنما نؤاخذكم الآن بما ظهر لنا من أعمالكم، فمن أظهر لنا خيرا أمناه وقربناه وليس لنا من سريرته شيء الله يحاسبه في سريرته، ومن أظهر لنا سوءا لم نأمنه ولم نصدقه، وإن قال إن سريرته حسنة)[1]، وقد استدل بهذا القول على قبول شهادة من لم يظهر منه ريبة نظرا إلى ظاهر الحال، وأنه يكفي في التعديل ما يظهر من حال المعدل من الاستقامة كشف عن حقيقة سريرته، لأن ذلك متعذر إلا بالوحي، وقد انقطع.

2. مشقة معرفة العدالة الكاملة، فالنكاح يكون في القرى والبادية وبين عامة الناس ممن لا يعرف حقيقة العدالة، فاعتبار ذلك يشق، فاكتفي بظاهر الحال، وكون الشاهد مستورا لم يظهر فسقه، فإن تبين بعد العقد أنه كان فاسقا لم يؤثر ذلك في العقد، لأن شرط العدالة متعلق بالظاهر وهو أن لا يكون ظاهر الفسق وقد تحقق ذلك.

3. أن الشرط إنما يعتبر حالة العقد، ولو أقر رجل وامرأة أنهما نكحا بولي وشاهدي عدل قبل قولهما وثبت النكاح بإقرارهما.

4. لو اعتبر في شاهدي النكاح أن يكونا معدلين عند الحاكم لما صح نكاح أكثر الناس إلا بذلك.

5. أن الناس على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم كانوا يعقدون الأنكحة بمحضر من بعضهم، وإن لم يكن الحاضرون معدلين عند أولي الأمر.

6. أن الظاهر من المسلمين العدالة.

الشرط الثاني: عدم التهمة:

وقد نقل الاجماع على عدم اعتبار الشهود المتهمين[2] القرافي في قوله: (اعلم أن الأمة مجمعة على رد الشهادة بالتهمة من حيث الجملة، لكن وقع الخلاف في بعض الرتب)[3].

(1) نقلا عن: سبل السلام: 4/129.

(2) التهمة بسكون الهاء وفتحها الشك والريبة وأصل التاء فيها الواو ولأنها من الوهم. يقال اتهم الرجل أي: اتى بما يتهم عليه واتهمته ظننت به سوءا، واتهمته بالتثقيل مثله.

(3) عقد القرافي لهذه المسألة فصلا مهما تحت عنوان «الفرق الثلاثون والمائتان بين قاعدة التهمة التي ترد بها الشهادة بعد ثبوت العدالة وبين قاعدة ما لا ترد به» انظر: الفروق للقرافي: 4/72.

ثم بين وجه حصر مواضع الإجماع والخلاف في ذلك بقوله: (وتحرير ذلك أن التهمة ثلاثة أقسام: مجمع على اعتبارها لقوتها، ومجمع على إلغائها لخفتها، ومختلف فيها هل تلحق بالرتبة العليا فتمنع أو بالرتبة الدنيا فلا تمنع).

ولذلك فإنه يمكن تقسيم التهم من حيث القوة والضعف ـ كما قسمها العز بن عبد السلام[1]، وكما أشار إلى ذلك القرافي ـ إلى ثلاثة أقسام هي:

تهمة قوية: وهي تهمة موجبة لرد الحكم والشهادة، ومن أمثلتها حكم الحاكم لنفسه، وشهادة الشاهد لنفسه، وعلة ذلك ـ كما يذكر العز بن عبد السلام ـ أن قوة الداعي الطبعي قادحة في الظن المستفاد من الوازع الشرعي قدحا ظاهرا لا يبقى معه إلا ظن ضعيف لا يصلح للاعتماد عليه، ولا لاستناد الحكم إليه.

تهمة ضعيفة: وهي تهمة غير معتبرة، ومن أمثلتها شهادة الأخ لأخيه، والصديق لصديقه، والرفيق لرفيقه، فلا أثر لهذه التهمة، وقد خالف مالك في الصديق الملاطف، فلم يعتبرها، قال ابن حزم: (وما نعلم أحدا سبق مالكا إلى القول برد شهادة الصديق الملاطف)[2] وهذا الاتهام لا عبرة به، قال العز: (ولا تصلح تهمة الصداقة للقدح في الوازع الشرعي، وقد وقع الاتفاق على أن الشهادة لا ترد بكل تهمة)[3].

بل إن ابن حزم يحكي عن بعض الفقهاء أنه رد شهادة الفقير، وهو مناقض لما ورد في النصوص من الثناء على الفقراء كما قال الله تعالى: ﴿ **لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِن دِيَارِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ يَبْتَغُونَ فَضْلًا مِّنَ اللَّهِ وَرِضْوَانًا وَيَنصُرُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُولَٰئِكَ هُمُ الصَّادِقُونَ** ﴿٨﴾ ﴾ (الحشر) قال ابن حزم: (فمن رد شهادة هؤلاء لخاسر، وإن من خصهم دون سائر الفقراء لمتناقض، وما نعلم لهم في هذه الأقوال سلفا من الصحابة رضي الله عنهم أصلا)[4].

تهمة مختلف في رد الشهادة والحكم بها: وقد اختلف الفقهاء في بعض المسائل منها:

---

(1) انظر تفاصيل ذلك في: قواعد الأحكام:2/36.

(2) المحلى: 6/512.

(3) قواعد الأحكام:2/36.

(4) المحلى: 6/512.

شهادة العدو لعدوه[1]:

وقد اختلف الفقهاء في قبول شهادة العدو لعدوه[2] على قولين:

القول الأول: شهادة العدو غير مقبولة على عدوه، وهو قول أكثر أهل العلم، وقد روي ذلك عن ربيعة، والثوري، وإسحاق، ومالك، والشافعي، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. قال رسول الله ﷺ: (لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة، ولا زان ولا زانية، ولا ذي غمر على أخيه)[3]، والغمر: الحقد.
2. عن شريح قال: مضت السنة في الإسلام: أنه لا تجوز شهادة خصم.
3. أن العداوة تورث التهمة، فتمنع الشهادة، كالقرابة القريبة.
4. أن العداوة لا يصح قياسها على الصداقة؛ لأن شهادة الصديق لصديقه بالزور نفع غيره بمضرة نفسه، وبيع آخرته بدنيا غيره، وشهادة العدو على عدوه يقصد بها نفع نفسه، بالتشفي من عدوه، فافترقا.

القول الثاني: لا تمنع العداوة الشهادة، وهو قول أبي حنيفة وابن حزم، واستدل على ذلك بأنها لا تخل بالعدالة، فلا تمنع الشهادة، كالصداقة.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو النظر إلى عدالة المعادي وتقواه وورعه عن الكذب في الشهادة، فإن كان بهذه الصفة جاز استشهاده، ولو استحكمت العداوة بينه وبين من يشهد له، لأن العبرة في الشهادة بعدالة الشهود لا بعلاقاتهم، وقد رجح ابن حزم هذا القول وانتصر له،

---

(1) الأم: 6/205، المبدع: 10/250، الفروع: 6/501 المغني: 10/182، الإقناع: 195، البحر الرائق: 7/86، حاشية ابن عابدين: 7/142، حاشية الدسوقي: 4/171، مواهب الجليل: 2/387، القوانين الفقهية: 203.

(2) نص الفقهاء على أن المراد بالعداوة هاهنا العداوة الدنيوية، مثل أن يشهد المقذوف على القاذف، والمقطوع عليه الطريق على القاطع، والمقتول وليه على القاتل، والمجروح على الجارح، والزوج يشهد على امرأته بالزنى، فلا تقبل شهادته؛ لأنه يقر على نفسه بعداوته لها، لإفسادها فراشه، فاما العداوة في الدين، كالمسلم يشهد على الكافر , أو المحق من أهل السنة يشهد على مبتدع ، فلا ترد شهادته؛ لأن العدالة بالدين، والدين يمنعه من ارتكاب محظور دينه.

(3) سبق تخريجه.

فقال: (من شهد على عدوه نظر، فإن كان تخرجه عداوته له إلى ما لا يحل فهي جرحة فيه ترد شهادته لكل أحد، وفي كل شيء - وإن كان لا تخرجه عداوته إلى ما لا يحل فهو عدل يقبل عليه)[1].

وقد استدل ابن حزم لذلك بأن الآثار التي استدل بها المخالفون كلها باطلة سندا[2] ومتنا، لأنها لو صحت لكانت مخالفة لهم؛ لأن فيها أنه لا تجوز شهادة ذي الغمر على أخيه مطلقا عاما، وهم يمنعونها من القبول على عدوه فقط، ويجيزونها على غيره وهو خلاف تلك الآثار، ثم إن الله تعالى قال: ﴿ ... **وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ** ﴿٨﴾ ﴾ (المائدة) فأمرنا الله تعالى بالعدل مع أعدائنا، فصح أن من حكم بالعدل على عدوه أو صديقه أو لهما، أو شهد - وهو عدل - على عدوه أو صديقه أو لهما، فشهادته مقبولة وحكمه نافذ.

شهادة القريب لقريبه[3]:

اختلف الفقهاء في شهادة القريب لقريبه على الأقوال التالية:

القول الأول: أن شهادة الوالد لولده لا تقبل، ولا لولد ولده، وإن سفل، وسواء في ذلك ولد البنين وولد البنات، ولا تقبل شهادة الولد لوالده، ولا لوالدته، ولا جده، ولا جدته من قبل أبيه وأمه وإن علوا، وسواء في ذلك الآباء والأمهات، وآباؤهما وأمهاتهما، وهو قول شريح والحسن، والشعبي، والنخعي، ومالك، والشافعي، وإسحاق، وأبي عبيد، والحنفية، وهو ظاهر مذهب الحنابلة[4]، واستدلوا على ذلك بما يلي:

---

(1) المحلى: 8/510.

(2) انظر تفاصيل نقد ابن حزم لتلك الآثار سندا في: المحلى: 6/510.

(3) الأم: 7/46، المبدع: 10/243، النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر: 2/296، المغني: 10/186، الهداية شرح البداية: 3/122، بدائع الصنائع: 6/272، الفواكه الدواني: 2/226.

(4) وتروى عن أحمد روايتان أخريان، هما:

الرواية الأولى: تقبل شهادة الابن لأبيه، ولا تقبل شهادة الأب له؛ لأن مال الابن في حكم مال الأب، له أن يتملكه إذا شاء، فشهادته له شهادة لنفسه، أو يجر بها لنفسه نفعا، كما قال النبي ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»، وقال: «إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه، وإن أولادكم من أطيب كسبكم، فكلوا من أموالهم»، ولا يوجد هذا في شهادة الابن لأبيه. =

ما روى الزهري، عن عروة، عن عائشة، عن النبي ﷺ أنه قال: (لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة، ولا ذي غمر على أخيه، ولا ظنين في قرابة ولا ولاء)[1] والظنين: المتهم، والأب يتهم لولده؛ لأن ماله كما له.

1. أن بينهما بعضية، فكأنه يشهد لنفسه، ولهذا قال ﷺ: (فاطمة بضعة مني، يريبني ما رابها)[2].

2. أنه متهم في الشهادة لولده، كتهمة العدو في الشهادة على عدوه، والخبر أخص من الآيات، فتخص به.

3. كتب عمر إلى أبي موسى: المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلودا في حد، أو مجربا عليه شهادة زور، أو ظنينا في ولاء، أو في قرابة.

القول الثاني: إجازة شهادة الأقارب، وقد روي هذا القول عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وكثير من الصحابة رضي الله عنهم، وبه قال شريح، وعمر بن عبد العزيز وأبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، وإياس بن معاوية، وعثمان البتي، وإسحاق بن راهويه، وأبو ثور، والمزني، وأبو سليمان، وهو قول الظاهرية، وقد عبر عن هذا القول ابن حزم بقوله: (وكل عدل فهو مقبول لكل أحد وعليه، كالأب والأم لابنيهما، ولأبيهما والابن والابنة للأبوين والأجداد، والجدات، والجد، والجدة لبني بنيهما، والزوج لامرأته، والمرأة لزوجها، وكذلك سائر الأقارب بعضهم لبعض، كالأباعد ولا فرق)، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. أن ما رواه أصحاب القول الأول عن النبي ﷺ من أنه قال: (لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا ظنين في ولاء أو قرابة، ولا مجلود في حد) لا يصح، قال ابن حزم: وهذا عليهم لا لهم لوجوه)، ومن الوجوه التي ذكرها: أنه لا يصح لأنه عن يزيد، وهو مجهول، فإن كان يزيد ابن سنان فهو معروف بالكذب، ولو فرضت صحته فالمستدلون به مخالفون له في موضعين، هما: تفريقهم بين الأخ والأب، وبين العم وابن الأخ، وبين الأب والابن، وكلهم سواء، إذ

= الرواية الثانية: تقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه، في ما لا تهمة فيه، كالنكاح، والطلاق، والقصاص، والمال إذا كان مستغنى عنه؛ لأن كل واحد منهما لا ينتفع بما يثبت للآخر من ذلك، فلا تهمة في حقه. انظر: المغني: 10/ 186 المبدع: 10/ 243.

(1) سبق تخريجه.

(2) البخاري: 3/ 1361، مسلم: 4/ 1902، الترمذي: 5/ 698، ابن حبان: 15/ 408، المستدرك: 3/ 173.

هم متقاربون في التهمة بالقرابة، وكلهم يجيز المولى لمولاه، وهو خلاف الخبر، وكلهم يجيز المجلود في الحد إذا تاب، وهو خلاف هذا الخبر(1).

2. قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: تجوز شهادة الوالد لولده، والولد لوالده، والأخ لأخيه.

3. أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه شهد لفاطمة - رضي الله عنها - عند أبي بكر الصديق رضي الله عنه، ومعه أم أيمن فقال له أبو بكر: لو شهد معك رجل أو امرأة أخرى لقضيت لها بذلك.

4. عن سليمان بن أبي سليمان، قال: شهدت لأمي عند أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم فقضى بشهادتي. ومن طريق عبد الرزاق عن معمر عن عبد الرحمن بن عبد الله الأنصاري قال: أجاز عمر بن عبد العزيز شهادة الابن لأبيه إذا كان عدلا.

الترجيح:

نرى الأرجح في المسألة قبول شهادة القريب لقريبه إذا توفرت عدالة القريب، للحاجة التي قد تضطر لذلك، ومع ذلك يستحب الاستكثار من الشهود في مثل هذه المسائل خروجا عن الخلاف، وليس في النصوص الصحيحة الصريحة ما يمنع من هذا، وإنما هو من باب سد الذريعة، كما قال الزهري: لم يكن يتهم سلف المسلمين الصالح شهادة الوالد لولده، ولا الولد لوالده، ولا الأخ لأخيه، ولا الزوج لامرأته، ثم دخل الناس بعد ذلك، فظهرت منهم أمور حملت الولاة على اتهامهم، فتركت شهادة من يتهم إذا كانت من قرابة وصار ذلك من الولد، والوالد، والأخ، والزوج، والمرأة، لم يتهم إلا هؤلاء في آخر الزمان.

وقد قال شبيب بن غرقدة: كنت جالسا عند شريح، فأتاه علي بن كاهل، وامرأة وخصم لها، فشهد لها علي بن كاهل، وهو زوجها، وشهد لها أبوها، فأجاز شريح شهادتهما فقال الخصم: هذا أبوها، وهذا زوجها. فقال له شريح: هل تعلم شيئا تجرح به شهادتهما؟ كل مسلم شهادته جائزة.

ومما يدل على الضرورة التي قد تستدعي شهادة هؤلاء ما رواه شبيب بن غرقدة - أيضا - أنه سمع شريحا أجاز لامرأة شهادة أبيها وزوجها، فقال الرجل: إنه أبوها وزوجها. فقال شريح: فمن يشهد للمرأة إلا أبوها وزوجها.

---

(1) المحلى: 8/507.

أما النصوص التي استدل بها المخالفون فليس فيها ما يمنع من قبول هذه الشهادة، فمن أدلتهم - كما يذكر ابن حزم - قول النبي ﷺ: (أنت ومالك لأبيك)[1]، وأمره هندا بأخذ قوتها من مال زوجها، بحجة البعضية بين الشاهد والمشهود عليه، وقد رد على ذلك ابن حزم بقوله: (ليس فيهما منع من قبول شهادة الابن لأبويه، ولا من قبول الأبوين له – وإن كان هو وماله لهما – فكان ماذا؟ ونحن كلنا لله تعالى وأموالنا وقد أمرنا بأن نشهد له عز وجل، فقال تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ** ... (١٣٥) ﴾ (النساء)، وكل ذي حق فهو مأمور بأخذ حقه ممن هو له عنده متى قدر على ذلك، أجنبيا كان أو غير أجنبي، ومن لم يفعل ذلك فقد عصى الله تعالى وأعان على الإثم والعدوان وقدر على تغيير منكر فلم يفعل، بل أقر المنكر والباطل والحرام ولم يغير شيئا من ذلك)[2].

ثم ذكر استدلالا آخر لهم، وهو قوله تعالى: ﴿ ... **أَنِ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ** (١٤) ﴾ (لقمان)، وقد رد عليه بقوله: (وهذه أعظم حجة عليهم؛ لأن من الشكر لهما بعد شكر الله تعالى أن يشهد لهما بالحق، وليس من الشكر لهما أن يشهد لهما بالباطل. وقد قال الله تعالى: ﴿ ... **وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَالْجَارِ الْجُنُبِ وَالصَّاحِبِ بِالْجَنْبِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ** ... (٣٦) ﴾ (النساء) فقد سوى الله تعالى بين كل من ذكرنا في وجوب الإحسان إليهم، فيلزم من اتهمه لذلك في الوالدين، وفي بعض ذوي القربى والصاحب بالجنب، وما ملكت يمينه: أن يتهمه في سائرهم، فلا يقبل شهادة أحدهم لقريب جملة، ولا لجار، ولا لابن سبيل، ولا ليتيم، ولا لمسكين، وإلا فقد تلوثوا في التخليط بالباطل ما شاءوا، فلم يبق في أيديهم إلا التهمة، والتهمة لا تحل).

ويكفي في ترجيح ذلك ما حكاه الزهري: أنه لم يختلف الصدر الأول في قبول الأب لابنه والزوجين أحدهما للآخر، والقرابة بعضهم لبعض حتى دخلت في الناس الداخلة، وهو إخبار عن إجماع الصحابة رضي الله عنهم، قال ابن حزم: (ثم ليت شعري: ما الذي حدث مما

---

(1) قال في مجمع الزوائد: رواه أبو يعلي وفيه أبو حريز وثقه أبو زرعة وأبو حاتم وابن حبان وضعفه أحمد وغيره وبقية رجاله ثقات، وعن ابن عمر قال: جاء رجل يستدعي على والده فقال أنه يأخذ مالي فقال له رسول الله ﷺ: أنت ومالك من كسب أبيك، رواه البزار والطبراني في الكبير وفي الأوسط منه، مجمع الزوائد: 4/154، وانظر: البيهقي: 7/480، مسند الشافعي: 202، ابن ماجة: 2/769، المعجم الأوسط: 4/31، أحمد: 2/204، أبو يعلى: 10/99.

(2) المحلى: 8/507.

لم يكن، والله لقد كان على عهد رسول الله ﷺ المنافقون - الذين هم شر خلق الله تعالى والكفار، والزناة، والسراق، والكذابون، فما ندري ما الذي حدث، وحاش لله تعالى أن يحدث شيء بغير الشريعة. ونحن نشهد بشهادة الله عز وجل: أنه تعالى لو أراد أن لا يقبل أحداً ممن ذكرنا لمن شهد له لبينه وما أغفله)[1]، وهو رد قوي من ابن حزم لأن عموم الأحكام الشرعية لا ينبغي أن تتأثر بالحوادث، وإلا ألغت الحوادث الأحكام الشرعية، بل ينبغي أن يبقى الحكم الشرعي على عمومه، ثم يفتى لكل حادثة بما يناسبها من دون تعميم.

ألا يكون محدودا في قذف[2]:

لما نص عليه قوله تعالى: ﴿ **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ** ﴿٤﴾ ﴾ (النور)، وقد اختلف الفقهاء في حال توبة المحدود وصلاحه، هل تقبل شهادته أم لا على قولين[3]:

القول الأول: شهادة القاذف لا تقبل أبدا، ولو تاب وكذب نفسه، وهو قول شريح القاضي وإبراهيم النخعي والحسن البصري وسفيان الثوري وأبي حنيفة، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. أن الاستثناء إذا كان في معنى التخصيص وكانت الجملة الداخل عليها الاستثناء عموما وجب أن يكون حكم العموم ثابتا وأن لا نرفعه باستثناء قد ثبت حكمه فيما يليه إلا أن تقوم الدلالة على رجوعه إليها.
2. أن حكم الشرط أن يتعلق به جميع المذكور إذا كان بعضه معطوفا على بعض وذلك لأن الشرط يشبه الاستثناء الذي هو مشيئة الله عز وجل من حيث كان وجوده عاملا في رفع

---

(1) المحلى: 8/507.

(2) تفسير القرطبي: 12/179، المبدع: 10/220، الفروع: 3/11، مختصر الخرقي: 145، المحرر في الفقه: 2/248، المغني: 10/190، الأم: 6/209، الإقناع للماوردي: 202، المبسوط: 9/70، شرح فتح القدير: 5/340، المدونة الكبرى: 13/159، القوانين الفقهية: 235، اختلاف العلماء: 281.

(3) وهناك قول ثالث للأوزاعي أنه لا تقبل شهادة محدود في الإسلام، ربما على عدم عدالة الشاهد، لأن الحدود متعلقة بالكبائر، وفي مقابله قول لابن حزم عبر عنه بقوله: «من حد في زنى أو قذف أو خمر أو سرقة، فشهادته جائزة في كل شيء، وفي مثل ما حد فيه» واستدل لذلك بأنه لا يجوز رد شهادته لغيره وفي كل شيء إلا حيث جاء النص، أو لا يكون عدلا فلا يقبل في شيء، وما عدا هذا فباطل وتحكم بالظن الكاذب بلا قرآن ولا سنة ولا معقول، انظر تفصيل هذا القول في المحلى: 9/432.

الكلام حتى لا يثبت منه شيء ألا ترى أنه ما لم يوجد الشرط لم يقع شيء وجائز أن لا يوجد الشرط أبدا فيبطل حكم الكلام رأسا ولا يثبت من الجزاء شيء فلذلك جاز رجوع الشرط إلى جميع المذكور كما جاز رجوع الاستثناء بمشيئة الله تعالى.

3. أن التوبة تزيل عذاب الآخرة قبل القدرة عليهم وبعدها فعلم أن هذه التوبة مشروطة للحد دون عذاب الآخرة.

القول الثاني: إذا تاب القاذف قبلت شهادته،وهو قول الجمهور، واستدلوا على ذلك بأن الاستثناء عامل في رد الشهادة، وإنما كان ردها لعلة الفسق، فإذا زال بالتوبة قبلت شهادته مطلقا قبل الحد وبعده.

وقد اختلف أصحاب هذا القول في صورة توبته على الآراء التالية:

الرأي الأول: أن توبته لاتكون إلا بأن يكذب نفسه في ذلك القذف الذي حد فيه، وهو قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه والشعبي وغيره، وهكذا فعل عمر رضي الله عنه فإنه قال للذين شهدوا على المغيرة: من أكذب نفسه أجزت شهادته فيما استقبل ومن لم يفعل لم أجز شهادته، فأكذب الشبل بن معبد ونافع بن الحارث بن كلدة أنفسهما وتابا، وأبى أبو بكرة أن يفعل، فكان لا يقبل شهادته.

الرأي الثاني: توبته أن يصلح ويحسن حاله، وإن لم يرجع عن قوله بالتكذيب، وأن حسبه الندم على قذفه والاستغفار منه وترك العود إلى مثله، وهو قول مالك وابن جرير.

الرأي الثالث: أنه إذا تاب وظهرت توبته لم يحد وقبلت شهادته وزال عنه التفسيق، لأنه قد صار ممن يرضى من الشهداء، ويروى عن الشعبي، واستدل على ذلك بأن الاستثناء من الأحكام الثلاثة لمن تاب.

الترجيح:

هذه المسألة ترجع إلى أصل لغوي يحتمل كلا المعنيين فسرت من خلاله الآية، وهذا الأصل يرجع إلى مسألتين لغويتين تسوغان هذا الإجمال هما:

هل هذه الجمل في حكم الجملة الواحدة للعطف الذي فيها، أو لكل جملة حكم نفسها في الاستقلال.

وهل يشبِّه الاستثناء بالشرط في عوده إلى الجمل المتقدمة، فإنه يعود إلى جميعها عند الفقهاء، أو لا يُشبَّه به، لأنه من باب القياس في اللغة.

ومما يدل على هذا الإجمال أنه قد جاء في كتاب الله تعالى كلا الأمرين فإن آية المحاربة فيها عود الضمير إلى الجميع باتفاق العلماء، وآية قتل المؤمن خطأ فيها رد الاستثناء إلى الأخيرة باتفاقهم كذلك، وبقيت آية القذف محتملة للوجهين.

وبما أن كل ذلك محتمل لغة ولا يصح ترجيح جهة على جهة أخرى، فالنظر هنا إلى الفقه المقاصدي الذي قد يرجح أحد الجانبين.

ومن خلال النظر المقاصدي والكلي لأحكام الشريعة يتبين من خلال ما ذكر أصحاب القول الثاني من:

1. أنه ليس من نسب إلى الزنى بأعظم جرما من مرتكب الزنى، مع أن الزاني إذا تاب قبلت شهادته لأن التائب من الذنب كمن لاذنب له.
2. أن الله إذا قبل التوبة من العبد كان العباد بالقبول أولى، وقد قال الشعبي للمخالف في هذه المسألة: يقبل الله توبته ولا تقبلون شهادته.
3. أنه ليس القاذف بأشد جرما من الكافر فحقه إذا تاب وأصلح أن تقبل شهادته، قوله تعالى: ﴿ أَبَدًا ﴾ أي ما دام قاذفا كما يقال لا تقبل شهادة الكافر أبدا فإن معناه مادام كافرا.

فهذه الأدلة تقوي القول الثاني، وقد رجح هذا القول كذلك من جهة اللغة الشوكاني بقوله: (وقول الجمهور هو الحق، لأن تخصيص التقييد بالجملة الأخيرة دون ما قبلها مع كون الكلام واحدا في واقعة شرعية من متكلم واحد خلاف ما تقتضيه لغة العرب، وأولوية الجملة الأخيرة المتصلة بالقيد بكونه قيدا لها لا تنفي كونه قيدا لما قبلها، غاية الأمر أن تقييد الأخيرة بالقيد المتصل بها أظهر من تقييد ما قبلها به، ولهذا كان مجمعا عليه) [1].

ولكنا مع ذلك نرى أن الأرجح قبول شهادته بشرط إكذاب نفسه وعدم شهادته فيما قذف فيه، لأن ذلك أبلغ في صدق توبته، لأن محل التوبة هنا هو القذف، وهو معصية متعدية، والمعصية المتعدية لا تكفر إلا بالاستحلال ورد الحقوق إلى أصحابها.

---

(1) فتح القدير للشوكاني: 4/9.

ويرتبط تطبيق هذا القول واقعيا بمسألة ذكرها الفقهاء، وهي: هل تزول الشهادة بنفس القذف أم بإقامة الحد؟ وقد اختلف الفقهاء فيها على قولين: أحدهما أنه تبطل شهادته بنفس القذف، وتلزمه سمة الفسق قبل إقامة الحد عليه، وهو قول الليث بن سعد والشافعي، والقول الثاني أن شهادته مقبولة ما لم يحد، وهو قول الحنفية والمالكية[1]، ونرى ترجيح هذا القول الذي ينجر عنه عدم إمكانية تطبيق مثل هذا الشرط في البلاد التي لا تطبق الحدود الشرعية، وذلك للأدلة التالية[2]:

1. قوله تعالى: ﴿ **لَوْلَا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِندَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ** ﴿١٣﴾ ﴾ (النور)، فلم يحكم بكذبهم بنفس القذف فقط، بل إذا لم يأتوا بالشهداء، ومعلوم أن المراد إذا لم يأتوا بالشهداء عند الخصومة عند الإمام، فمن حكم بتفسيقه وأبطل شهادته بنفس القذف فقد خالف الآية.
2. قوله تعالى: ﴿ **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ** ﴿٤﴾ ﴾ (النور)، فأوجب بطلان شهادته عند عجزه عن إقامة البينة على صحة قذفه، وفي ذلك دلالة على جواز شهادته وبقاء حكم عدالته ما لم يقع الحد به.
3. أن ثم في الآية للتراخي في حقيقة اللغة، فهي حكم بفسقهم متراخيا عن حال القذف في حال العجز عن إقامة الشهود، فمن حكم بفسقهم بنفس القذف، فقد خالف حكم الآية وأوجب ذلك أن تكون شهادة مردودة لأجل القذف، فثبت بذلك أنه بنفس القذف لم تبطل شهادته.
4. قوله ﷺ: (المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدودا في قذف)، فأخبر ﷺ ببقاء عدالة القاذف ما لم يحد.
5. أنه لو كانت شهادته تبطل بنفس القذف لما كان تركه إقامة البينة على زنا المقذوف مبطلا لشهادته، وهي قد بطلت قبل ذلك.

---

(1) اختلف المالكية في الوقت الذي تسقط شهادة القاذف فيه، فقال ابن الماجشون بنفس قذفه، لأنه بالقذف يفسق لأنه من الكبائر فلا تقبل شهادته حتى تصح براءته بإقرار المقذوف له بالزنى أو بقيام البينة عليه.

(2) وقال ابن القاسم وأشهب وسحنون لاتسقط حتى يجلد، فإن منع من جلده مانع عفو أو غيره لم ترد شهادته، وقال الشيخ أبو الحسن اللخمي: شهادته في مدة الأجل موقوفة ورجح القول بأن التوبة إنما تكون بالتكذيب في القذف وإلا فأي رجوع لعدل إن قذف وحد وبقي على عدالته. انظر: أحكام القرآن للجصاص: 5/114.

6. أنه لا يخلو القاذف من أن يكون محكوما بكذبه وبطلان شهادته بنفس القذف، أو أن يكون محكوما بكذبه بإقامة الحد عليه، فلو كان محكوما بكذبه بنفس القذف، لبطلت شهادته، فواجب أن لا يقبل بعد ذلك بينة على الزنا، إذ قد وقع الحكم بكذبه والحكم بكذبه في قذفه حكم ببطلان شهادة من شهد بصدقة في كون المقذوف زانيا، فلما لم يختلفوا في حكم قبول بينته على المقذوف بالزنا، وأن ذلك يسقط عنه الحد ثبت أن قذفه لم يوجب أن يكون كاذبا، فواجب أن لا تبطل شهادته إذ لم يحكم بكذبه.

7. أن قاذف امرأته بالزنا لا تبطل شهادته بنفس القذف، ولا يكون محكوما بكذبه بنفس قذفه ولو كان كذلك لما جاز إيجاب اللعان بينه وبين امرأته، ولما أمر أن يشهد أربع شهادات بالله إنه لصادق فيما رماها به من الزنا مع الحكم بكذبه، ولما وعظ في ترك اللعان الكاذب منهما.

شهادة البدوي على القروي[1]:

اختلف الفقهاء في شهادة البدوي[2] على القروي على قولين:

القول الأول: هي جائزة إذا كان عدلا، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وزفر والليث والأوزاعي والشافعي، وروي نحوه عن الزهري، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. الآيات الدالة على قبول شهادة الأحرار البالغين يوجب التسوية بين شهادة القروي والبدوي، لأن الخطاب توجه إليهم بذكر الإيمان بقوله: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ** ... (٢٨٢) ﴾ (البقرة)، وهؤلاء من جملة المؤمنين، ثم قال تعالى: ﴿ ... **وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ** ... (٢٨٢) ﴾ (البقرة)، يعني من رجال المؤمنين الأحرار وهذه صفة هؤلاء، ثم قال: ﴿ ... **مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ** ... (٢٨٢) ﴾، وإذا كانوا عدولا فهم مرضيون، وفي تخصيص القروي بها دون البدوي ترك العموم بغير دلالة.

---

(1) منار السبيل: 2/435، كشاف القناع: 6/427، المغني: 10/169، سبل السلام: 4/129.

(2) البدوي هو الذي يسكن البادية في المضارب والخيام، ولا يقيم في موضع خاص، بل يرتحل من مكان إلى مكان، وصاحب القرية هو الذي يسكن القرى، وهي المصر الجامع، عون المعبود: 10/8.

2. عن ابن عباس رضي الله عنه قال شهد أعرابي عند رسول الله ﷺ في رؤية الهلال، فأمر بلالا ينادي في الناس: فليصوموا غدا، فقبل شهادته وأمر الناس بالصيام[1].

القول الثاني: لا تجوز شهادة بدوي على قروي إلا في الجراح، وهو قول المالكية[2]، وإلى هذا ذهب أحمد بن حنبل وجماعة من أصحابه، قال أحمد: أخشى أن لا تقبل شهادة البدوي على صاحب القرية لهذا الحديث[3] (الآتي ذكره)، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. عن أبي هريرة أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: (لا تجوز شهادة بدوي على صاحب قرية)[4] قال محمد بن عبد الحكم: تأول مالك هذا الحديث على أن المراد به الشهادة في الحقوق والأموال ولا ترد الشهادة في الدماء وما في معناها مما يطلب به الخلق[5].

2. الاتهام الذي قد يحمله من يشهد في الحضر بدويا ويدع جيرته من أهل الحضر.

3. لما فيه من الجفاء في الدين والجهالة بأحكام الشرائع، ولأنهم في الغالب لا يضبطون الشهادة على وجهها.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة عدم التفريق بين الشهود على أساس مساكنهم، وذلك لمناسبة هذا القول لقواعد الشرع العامة،وقد حكى الشوكاني قول ابن رسلان: (وحملوا هذا الحديث على من لم تعرف عدالته من أهل البدو والغالب أنهم لا تعرف عدالتهم).

وعقب عليه بقوله: (وهذا حمل مناسب، لأن البدوي إذا كان معروف العدالة كان رد شهادته لعلة كونه بدويا غير مناسب لقواعد الشريعة، لأن المساكن لا تأثير لها في الرد والقبول،

---

(1) سنن البيهقي الكبرى: 4/212.

(2) وقال ابن القاسم عن مالك: لا تجوز شهادة بدوي على قروي في الحضر إلا في وصية القروي في السفر أو في بيع، فتجوز إذا كانوا عدولا.

(3) سبل السلام: 4/127.

(4) قال المنذري: اخرجه ابن ماجه ورجال إسناده احتج بهم مسلم في صحيحه، وقال البيهقي وهذا الحديث مما تفرد به محمد بن عمرو بن عطاء عن عطاء بن يسار، وقال الذهبي: لم يصححه الحاكم، وهو حديث منكر على نظافة إسناده، وقال ابن عبد الهادي: فيه أحمد بن سعيد الهمداني قال النسائي: ليس بالقوي،انظر: عون المعبود: 10/8، المستدرك: 4/111، البيهقي: 10/250، أبوداود: 3/306، ابن ماجة: 2/793، فيض القدير: 6/391.

(5) تفسير القرطبي: 5/412.

لعدم صحة جعل ذلك مناطا شرعيا، ولعدم انضباطه، فالمناط هو العدالة الشرعية إن وجد للشرع اصطلاح في العدالة، وإلا توجه الحمل على العدالة اللغوية، فعند وجود العدالة يوجد القبول وعند عدمها يعدم ولم يذكر ﷺ المنع من شهادة البدوي إلا لكونه مظنة لعدم القيام بما تحتاج إليه العدالة، وإلا فقد قبل ﷺ في الهلال شهادة بدوي)[1].

أما ما ورد به الحديث فقد أجاب عنه العلماء بإجابات كثيرة منها:

1. أن الخبر الذي استدلوا به لا يجوز الاعتراض به على ظاهر القرآن، مع أنه ليس فيه ذكر الفرق بين الجراح وبين غيرها، ولا بين أن يكون القروي في السفر أو في الحضر، ثم إنه يجوز أن يكون في أعرابي شهد شهادة عند النبي ﷺ، وعلم النبي ﷺ خلافها مما يبطل شهادته فأخبر به، فنقله الراوي دون ذكر السبب، وجائز أن يكون قاله في الوقت الذي كان الشرك والنفاق غالبين على الأعراب، كما قال تعالى: ﴿**وَمِنَ الْأَعْرَابِ مَن يَتَّخِذُ مَا يُنفِقُ مَغْرَمًا وَيَتَرَبَّصُ بِكُمُ الدَّوَائِرَ** ... ﴿٩٨﴾﴾ (التوبة)، فإنما منع قبول شهادة من هذه صفته من الأعراب، وقد وصف الله قوما آخرين من الأعراب بعد هذه الصفة ومدحهم بقوله: ﴿**وَمِنَ الْأَعْرَابِ مَن يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَيَتَّخِذُ مَا يُنفِقُ قُرُبَاتٍ عِندَ اللَّهِ وَصَلَوَاتِ الرَّسُولِ أَلَا إِنَّهَا قُرْبَةٌ لَّهُمْ سَيُدْخِلُهُمُ اللَّهُ فِي رَحْمَتِهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ** ﴿٩٩﴾﴾ (التوبة)، فمن كانت هذه صفته فهو مرضي عند الله وعند المسلمين مقبول الشهادة.

2. أنه لا يخلو البدوي من أن يكون مقبول الشهادة على القروي، إما لطعن في دينه أو جهل منه بأحكام الشهادات، وما يجوز أداؤها منها مما لا يجوز، فإن كان لطعن في دينه فإنه مختلف في بطلان شهادته، ولا يختلف فيه حكم البدوي والقروي، وإن كان لجهل منه بأحكام الشهادات فواجب أن لا تقبل شهادته على بدوي مثله، وأن لا تقبل شهادته في الجراح، ولا على القروي في السفر، كما لا تقبل شهادة القروي إذا كان بهذه الصفة[2].

3. أن العلة في ذلك ما ذكره ابن الأثير بقوله: إنما كره شهادة البدوي لما فيه من الجفاء في الدين، والجهالة بأحكام الشرع، ولأنهم في الغالب لا يضبطون الشهادة على وجهها[3]، فيصبح الحكم بالتالي يدور مع علته وجودا وعدما.

---

(1) نيل الأوطار :9/203.

(2) أحكام القرآن للجصاص :2/231.

(3) نقلا عن: عون المعبود: 10/8.

ومع ذلك فقد يكون للقول الثاني وجه مقاصدي صحيح ينبغي مراعاته، وهو في حال ارتحال البدوي مع الحاجة إلى أقوال الشهود، فقد تضيع الحقوق بسبب ذلك، فلهذا يسد هذا الخلل بالاستكثار من الشهود، والأولى الشهود المقيمين للاستماع لشهادتهم عند الحاجة.

الفهرس